

## Rechtsprechung ZR

Die aktuelle Entscheidung

§§ 285, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB

Dr. Jan Felix Hoffmann

# Zum vermögensrechtlichen Schutz absoluter und relativer Rechtspositionen an der Schnittstelle zum Immaterialgüterrecht

**Jan Felix Hoffmann:** Der Autor ist Akademischer Rat a. Z. und Habilitand am Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht der Universität Heidelberg.

*Der BGH urteilte jüngst, dass die Nichterfüllung einer vertraglichen Forderung auch im Verhältnis der Vertragsparteien keinen Eingriff in eine Rechtsposition des Forderungsinhabers mit Zuweisungsgehalt darstelle und deshalb keinen Bereicherungsanspruch auslöse, wenn der Schuldner aus der Nichterfüllung der Forderung einen Gewinn zieht. Auch finde die sog. dreifache Schadensberechnung auf vertragliche Schadensersatzforderungen keine Anwendung<sup>1</sup>. Die Entscheidung vermag weder in der Begründung noch im Ergebnis zu überzeugen. Der kritischen Würdigung der Entscheidungsgründe wird ein knapper Überblick über die Schutzsysteme des bürgerlichen Vermögensrechts insbesondere auch im Hinblick auf Immaterialgüterrechte und Forderungen vorangestellt.*

## A. Rechtspositionen und ihr Schutz

Die klassische Aufgabe des bürgerlichen Vermögensrechts besteht darin, die Freiheitssphären der Privatrechtssubjekte zu koordinieren und gegeneinander abzugrenzen sowie eine Neujustierung dieser Freiheitssphären durch Vertragsschlüsse umzusetzen. Hierzu müssen die individuellen Freiheiten der Privatrechtssubjekte rechtlich anerkannt und geschützt werden. Die Freiheitssphären lassen sich dogmatisch anhand von Rechtspositionen erfassen, die ihren Inhabern zugewiesen sind und auf unkontrollierte Eingriffe Dritter mit der Entstehung von Schutzrechten reagieren. Zu diesen klassischen Rechts-

positionen zählen etwa das Eigentum, die Gesundheit, Immaterialgüterrechte, aber auch die Forderung.

## I. Die Schutzsysteme und ihre Ordnungsfunktionen

### 1. Rechtsverwirklichender und rechtsfortsetzender Schutz

Die Rechtspositionen werden durch ein Netz von Schutzsystemen umgeben, die im Falle einer Rechtsverletzung eingreifen und die Unversehrtheit der Rechtsposition gewährleisten sollen<sup>2</sup>. Die Schutzsysteme lassen sich in ein dichotomisches System einordnen: Es gibt rechtsverwirklichende und rechtsfortsetzende Schutzsysteme<sup>3</sup>. Die rechtsverwirklichenden Schutzsysteme zeichnen sich dadurch aus, dass sie integraler Bestandteil der Rechtsposition sind und von dieser nicht abgespalten werden können, was sich etwa in der ganz herrschenden Ansicht äußert, dass der Vindikationsanspruch gem. § 985 BGB nicht abgetreten werden kann<sup>4</sup>. Die rechtsfortsetzenden Schutzsysteme begründen dagegen im Falle der Verletzung ihrerseits neue übertragbare Rechtspositionen in der Form von Forderungsrechten, die auf eine Vermögensverschiebung gerichtet sind.

<sup>2</sup> Vgl. nur *Picker*, FS Canaris, 2012, S. 1001, 1016ff. und *Wilhelm*, Sachenrecht, 4. Aufl. 2010, Rn. 69ff.

<sup>3</sup> Eingehend hierzu *Hoffmann*, Zession und Rechtszuweisung, 2012, S. 56ff.

<sup>4</sup> Vgl. nur BGHZ 60, 235, 240; MüKoBGB/Baldus, 6. Aufl. 2013, Vor. § 985 Rn. 40f.; Staudinger/Gursky, Bearb. 2012, § 985 Rn. 3; anders noch Motive III, S. 399f. = Mugdan III, S. 222f. entgegen *Johow*, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Sachenrecht/1, herausgegeben von Werner Schubert, 1982, S. 1111ff.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 10. 01. 2013, Az.: VII ZR 259/11.

## 2. Am Beispiel des Eigentums

Die Schutzsysteme und ihr Zusammenspiel lassen sich anhand des Eigentums als vertrauter Rechtsposition demonstrieren: Der rechtsverwirklichende Schutz des Eigentums wird vor allem durch den negatorischen Schutz in §§ 894, 985, 1004 BGB gewährleistet. Mit dem rechtsverwirklichenden Schutz sollen Rechtsverletzungen beseitigt werden, die gegenwärtig andauern, da sich ein Störer rechtliche Befugnisse anmaßt, die ihm nicht zustehen<sup>5</sup>. Auch kann die Unterlassung künftiger Rechtsverletzungen gem. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB verlangt werden. Mit den rechtsfortsetzenden Schutzsystemen wird dagegen auf Rechtsverletzungen reagiert, die in der Vergangenheit erfolgt sind; die Privatrechtsordnung reagiert hierauf vor allem mit dem Schadensersatzrechtlichen und dem bereicherungsrechtlichen Schutz.

Der Schadensersatzrechtliche Schutz des Eigentums ist außerhalb des E-B-V in § 823 Abs. 1 BGB normiert. Besteht eine Sonderverbindung, kommt weiter der funktionsäquivalente § 280 Abs. 1 BGB in Betracht mit dem Vorzug der Beweislastumkehr in § 280 Abs. 1 S. 2 BGB und der Zurechnung gem. § 278 BGB. In den Rechtsfolgen bezweckt der Schadensersatz Restitution, richtet seinen Blick also auf das Vermögen des Verletzten und zielt darauf ab, die durch die Rechtsverletzung verursachte Vermögens-einbuße auszugleichen. Der Rechtsverletzer muss zur Restitution notfalls auf sein Stammvermögen zurückgreifen, wenn er mit der Rechtsverletzung keinen Gewinn erwirtschaftet hat; wegen dieses potenziellen Eingriffs in das Stammvermögen des Verletzers und der damit verbundenen vermögensrechtlichen Belastung ist eine Schadensersatzhaftung jedenfalls grds. tatbestandlich von einem Verschulden abhängig.

Der bereicherungsrechtliche Schutz des Eigentums wird außerhalb des E-B-V durch die Eingriffskondiktion gewährt, wobei je nach Rechtsverletzung die allgemeine Eingriffskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB oder der Spezialtatbestand des § 816 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Anders als der Schadensersatzrechtliche Schutz richtet das Bereicherungsrecht den Blick auf das Vermögen des Rechtsverletzers und hat zum Zweck die Abschöpfung etwaiger Vermögensvorteile, die durch die Rechtsverletzung generiert worden sind. Der Bereicherungsschuldner muss dabei sein Stammvermögen nicht

antasten (§ 818 Abs. 3 BGB), weshalb auch auf den besonderen Schutz eines Verschuldensfordernisses verzichtet werden kann. Es ist nicht einmal eine Handlung erforderlich<sup>6</sup>; ausreichend ist, dass dem Bereicherungsschuldner ein Vermögensvorteil zukommt, der aus einer Rechtsposition des Bereicherungsgläubigers generiert worden ist. Heftig umstritten ist im Hinblick auf die Eingriffskondiktion die genaue Bemessung der auszugehrenden Bereicherung. Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob der Bereicherungsschuldner nur den objektiven Wert der durch die Rechtsverletzung angemessenen Befugnisse auskehren muss oder ob darüber hinaus auch ein erwirtschafteter Gewinn des Rechtsverletzers abgeschöpft werden kann. Verbreitet wird dabei inkonsequenterweise zwischen der allgemeinen Eingriffskondiktion, die zutreffend auf den objektiven Wert begrenzt wird<sup>7</sup>, und dem Spezialtatbestand des § 816 Abs. 1 BGB, der auch einen Veräußerungsgewinn erfassen soll, unterschieden<sup>8</sup>.

Der Gewinn kann mittels §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB herausverlangt werden. Die weitreichende Rechtsfolge, die sich darin äußert, dass sie über eine Abschöpfung hinausgehen kann, aber auch einen Schadensersatz, der gem. § 252 BGB grds. nur auf den entgangenen Gewinn des Verletzten und nicht auf den Verletzerertrag gerichtet ist, überschreitet, findet einen tatbestandlichen Ausgleich darin, dass die Rechtsverletzung (die Geschäftsanmaßung) mit positiver Kenntnis begangen worden sein muss.

## 3. Verallgemeinerung

Die anhand des Eigentums demonstrierten Schutzsysteme umgeben grds. jede privatrechtliche Rechtsposition. So ist heute ganz einhellig anerkannt, dass sich der rechtsverwirklichende Schutz des § 1004 BGB nicht auf das Eigentum beschränkt. Er findet vielmehr ebenso auf alle anderen anerkannten Rechtspositionen Anwendung, wie etwa

<sup>5</sup> Im Hinblick auf den Beseitigungsanspruch des § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB wird die eindeutige Kategorisierung als rechtsverwirklichendes Schutzinstrument freilich verbreitet bestritten; vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei Staudinger/*Gursky* (Fn. 4), § 1004 Rn. 1 ff.

<sup>6</sup> Eingehend *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 77 ff.

<sup>7</sup> *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007, S. 71 ff.; Staudinger/*Lorenz*, Bearb. 2007, § 818 Rn. 26 ff.; MüKo/*Schwab* (Fn. 4), § 818 Rn. 75 f.; BeckOK BGB/*Wendehorst*, Edition 28, § 818 Rn. 27.

<sup>8</sup> BGH, NJW 1959, S. 668; NJW 1997, S. 190, 191; NZM 2005, S. 835, 837; BeckOK BGB/*Wendehorst* (Fn. 7), § 816 Rn. 16; a.A. etwa v. *Cammerer*, FS Rabel I, 1954, S. 333, 357; *Helms*, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 79 ff.; Staudinger/*Lorenz* (Fn. 7), § 816 BGB, Bearb. 2007, Rn. 25; MüKo/*Schwab* (Fn. 4), § 816 Rn. 43; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 723.

das Leben oder auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Man spricht insoweit, begrifflich unzutreffend, von einem »quasinegatorischen Schutz«<sup>9</sup>. Auch der schadensersatzrechtliche Schutz anderer Rechtspositionen ist anerkannt. Soweit er nicht ohnehin in § 823 Abs. 1 BGB kodifiziert ist, wird er durch die Erfassung als »sonstiges Recht« gewährt, wie sich beispielsweise am allgemeinen Persönlichkeitsrecht zeigt.

Darüber hinaus genießen alle negatorisch und schadensersatzrechtlich geschützten Rechtspositionen auch einen bereicherungsrechtlichen Schutz. Es wäre wenig stimmig, einen Rechtsverletzer im Grundansatz zwar der aus Sicht seines Vermögens schärferen Schadensersatzhaftung zu unterwerfen, ihm aber eine Bereicherungshaftung zu ersparen und etwaige aus der Rechtsverletzung resultierende Vermögensvorteile nicht abzuschöpfen. Das Gegenteil proklamiert freilich die weit verbreitete Lehre vom »Zuweisungsgehalt«, die den theoretischen Grundansatz ausgibt, dass es Rechtspositionen gebe, denen kein bereicherungsrechtlicher Schutz zugute komme<sup>10</sup>. Als Beispiel wird etwa das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb genannt<sup>11</sup>. Diese Auffassung vermag freilich nicht zu überzeugen. Alle Rechtspositionen sind gleichermaßen geschützt<sup>12</sup>. Allerdings wird man im Ergebnis oft zu Übereinstimmungen kommen, da die Rechtspositionen, denen kein »Zuweisungsgehalt« attestiert wird, häufig nicht dazu geeignet sind, für Rechtsverletzer beständige Vermögensvorteile abzuwerfen, weil den getätigten Umsetzungsgeschäften rechtlich die Anerkennung versagt wird<sup>13</sup>.

## II. Besonderheiten im Immaterialgüterrecht

Die geschilderten Schutzsysteme greifen ebenso im Immaterialgüterrecht. Auch Rechtspositionen wie etwa Urheberrechte, Patente und Marken sind als privatrechtliche Rechtspositionen von der Vermögensrechtsordnung anerkannt und genießen im Grundsatz den geschilderten rechtsverwirklichenden und rechtsfortsetzenden Schutz. Allerdings wurden die Schutzkategorien durch die Recht-

sprechung zur sog. dreifachen Schadensberechnung<sup>14</sup> etwas verunklart<sup>15</sup>. Danach soll der Verletzte im Rahmen des Schadensersatzes die Wahl haben, ob er seinen entgangenen Gewinn, eine Lizenzgebühr oder den Verletzergewinn geltend macht. Während der entgangene Gewinn restitutionsrechtlich in der Tat verlangt werden kann (§ 252 BGB), zielt die Lizenzgebühr auf den objektiven Wert des durch den Eingriff erlangten Vorteils in Form einer Ersparnisbereicherung und lässt sich der Verletzergewinn weder schadensersatz- noch bereicherungsrechtlich legitimieren. Die Inklusion einer bereicherungsrechtlichen Rechtsfolge in das schadensersatzrechtliche Schutzsystem im Rahmen der Lizenzanalogie ist systematisch zwar verfehlt<sup>16</sup>, begegnet in der Sache aber jedenfalls grds. keinen Bedenken, soweit vom Vorliegen einer Ersparnisbereicherung auch in Anbetracht von § 818 Abs. 3 BGB ausgegangen werden kann, da die Anforderungen an den schadensersatzrechtlichen Tatbestand über diejenigen des Bereicherungsrechts hinausgehen (Verschuldensfordernis). Eine Tatbestandsmodifikation in der Sache findet aber im Hinblick auf den Verletzergewinn statt, da im Rahmen des Schadensersatzes ein fahrlässiges Verhalten ausreicht, während ansonsten für den Verletzergewinn im Rahmen von §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB positive Kenntnis von der Rechtsverletzung erforderlich ist. Gerechtfertigt wird diese tatbestandliche Modifikation im Immaterialgüterrecht gemeinhin mit der Erwägung, dass diese Güter besonders anfällig für Verletzungen seien und Eingriffe daher aus Präventionsgründen einer besonders scharfen Sanktion bedürften<sup>17</sup>. Auch falle es dem Verletzten im Immaterialgüterrecht typischerweise schwerer, seinen Schaden konkret anhand eines entgangenen Gewinns zu berechnen, und es spreche eine Vermutung dafür, dass

9 Vgl. nur Jauernig/Berger, 14. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 2.

10 Vgl. etwa BGHZ 107, 117, 120 f.; Staudinger/Lorenz (Fn. 7), § 812 Rn. 23; MüKo/Schwab (Fn. 4), § 812 Rn. 248 ff.

11 Vgl. BGHZ 71, 86, 98; Jauernig/Stadler (Fn. 9), § 812 Rn. 56.

12 Siehe Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung (Fn. 3), S. 51 ff. mN.

13 Exemplarisch etwa Bader, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz als Privatrecht, 2012, S. 364 ff.

14 Vgl. etwa BGH, GRUR 1959, S. 379, 382 – Gasparone; GRUR 1962, S. 401, 402 – Kreuzbodenventilsäcke III; GRUR 1963, S. 640, 642 – Plastikkorb; BGHZ 57, 116 – Wandsteckdose II; RGZ 35, 63, 67 f. – Ariston.

15 Siehe auch die Kritik bei Ellger, Bereicherung durch Eingriff, 2002, S. 636 ff.; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, § 6 XII. 5. c), S. 362; vgl. weiter MüKoBGB/Oetker, 6. Aufl. 2012, § 252 Rn. 53 ff.

16 Siehe auch die Kritik bei Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, S. 303 ff. m. w. N. Entgegen Dreier, Kompensation und Prävention, 2002, S. 264 ff. der sich in der Sache der Argumentation der überholten Lehre von den faktischen Vertragsverhältnissen (»venire contra factum proprium«) bedient, um die Lizenzanalogie schadensersatzrechtlich zu legitimieren.

17 Vgl. etwa die Erwägungen präventiver Natur bei BGHZ 57, 116, 118 – Wandsteckdose II; BGHZ 60, 206, 209 – Miss Petite; BGHZ 68, 90, 94 – Kunststoffhohlprofil; BGHZ 145, 366, 371 f. – Gemeinkostenanteil; siehe weiter Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 279 ff., der freilich auf einer schadensersatzrechtlichen Einordnung beharrt.

der gewerblich Tätige den Verletzererfolg auch selbst erwirtschaftet hätte, weshalb doch eine Schadensersatzrechtliche Einordnung möglich sei<sup>18</sup>. Beide Begründungsansätze vermögen freilich nicht restlos zu überzeugen, ohne dass dem hier näher nachgegangen werden soll.

Die vermögensrechtlichen Schutzsysteme sind mit dieser tatbestandlichen Modifikation im Hinblick auf §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB im Immaterialgüterrecht spezialgesetzlich niedergelegt. Der negatorische Schutz ist etwa in §§ 97 Abs. 1 S. 1 UrhG, 139 Abs. 1 S. 1 PatG, 14 Abs. 5 S. 1 MarkenG normiert. Der Schadensersatzrechtliche Schutz in Form der dreifachen Schadensberechnung ist zum Teil<sup>19</sup> etwa in §§ 97 Abs. 2 UrhG, 139 Abs. 2 PatG, 14 Abs. 6 MarkenG kodifiziert und wohl<sup>20</sup> auch europarechtlich prädestiniert<sup>21</sup>. Da die dreifache Schadensberechnung den bereicherungsrechtlichen Schutz wegen des tatbestandlichen Verschuldensanfordernisses nur zum Teil zu gewährleisten vermag findet daneben die allgemeine Eingriffskondition Anwendung<sup>22</sup>.

### III. Der Schutz von Forderungen

Auch Forderungen genießen als zugewiesene Rechtspositionen den Schutz der Vermögensrechtsordnung. Die Forderung ist zum einen als Rechtsposition zu begreifen, die absolut gegen Eingriffe Dritter geschützt ist. Darüber hinaus vermittelt das Forderungsrecht aber auch eine Herrschaftsbefugnis über die Leistungshandlung des Schuldners, die sich darin äußert, dass der Gläubiger vom Schuldner Erfüllung verlangen kann. Die Forderung ist damit einerseits ein statischer Vermögenswert, der absoluten (*erga omnes*) Schutz genießt, in relativer (*inter partes*) Hinsicht ist sie aber andererseits dynamisch auf eine Vermögensaufstockung durch den Schuldner gerichtet.

#### 1. In ihrer absoluten Dimension

In ihrer absoluten Dimension wird die Forderung wie jede andere Rechtsposition auch geschützt. Der bereicherungsrechtliche Schutz ist in § 816 Abs. 2 BGB normiert. Die Forderung ist insoweit aber auch negatorisch geschützt; dieser Schutz ist das materiell-rechtliche Substrat des prozessualen Prätendentenstreits (§ 75 ZPO)<sup>23</sup>. Darüber hinaus genießt die Forderung in ihrer absoluten Dimension ebenfalls einen Schadensersatzrechtlichen Schutz gem. § 823 Abs. 1 BGB<sup>24</sup>. Das wird zwar nach wie vor bestritten<sup>25</sup>, es kann jedoch kaum überzeugen, einer negatorisch und bereicherungsrechtlich geschützten Position den Schadensersatzrechtlichen Schutz zu versagen. Probleme bereitet es in diesem Zusammenhang freilich, die absolute Qualität der Forderung präzise auszuloten. Die wirksame Einziehung der Forderung durch einen Dritten, etwa im Rahmen von § 407 Abs. 1 BGB, stellt sicher einen Eingriff in das absolut geschützte Forderungsrecht dar. Auch ist unumstritten, dass der Leistungsbefehl selbst sich nur relativ an den Schuldner richtet. Problematischer sind aber Fälle, in denen ein Dritter das Forderungsrecht mittelbar zu Fall bringt, indem er eine Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 BGB herbeiführt, wenn er bspw. die geschuldete Sache bei einer Speziesschuld zerstört<sup>26</sup>. Möglicherweise<sup>27</sup> wird man einen Schutz der Forderung in ihrer absoluten Dimension auch gem. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB befürworten müssen<sup>28</sup>; allerdings dürften die Fälle, in denen ein Dritter durch den Eingriff in das Forderungsrecht Gewinn erwirtschaftet, eher theoretischer Natur sein.

#### 2. In ihrer relativen Dimension

Auch in seiner relativen Dimension genießt das Forderungsrecht den geschilderten Schutz. Geschützt wird dabei die Vermögensaufstockung als solche, das Leistungsinteresse des Gläubigers. Der Schadensersatzrechtliche Schutz dieses Leistungsinteresses wird über §§ 281, 282, 283, 286 BGB gewährt. Im Hinblick auf § 284 BGB ist umstritten, ob dieser Mechanismus das Leistungsinteresse (positives In-

<sup>18</sup> So etwa v. Caemmerer, FS Rabel I (Fn. 8), S. 333, 360; Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 279f.; vgl. auch BGHZ 57, 116, 118 – Wandsteckdose II; BGHZ 60, 206, 209 – Miss Petite; BGHZ 68, 90, 94 – Kunststoffhohlprofil; MüKo/Oetker (Fn. 15), § 252 Rn. 56.

<sup>19</sup> Daneben findet die dreifache Schadensberechnung nach der Rspr. etwa auch auf das Recht am eigenen Bild Anwendung; BGHZ 20, 345 – Paul Dahlke; BGH, GRUR 1961, S. 138, 140 – Familie Schölermann; BGHZ 26, 349 – Herrenreiter; BGHZ 143, 214 – Marlene Dietrich; BGH, NJW 2000, S. 2201, 2202 – Der blaue Engel; zum Namensrecht vgl. BGHZ 30, 7 – Caterina Valente.

<sup>20</sup> Zurückhaltend etwa Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 264f.

<sup>21</sup> Siehe Art. 13 Abs. 1 lit. a) der Enforcement-Richtlinie (2004/48/EG).

<sup>22</sup> Vgl. nur Mes, 3. Aufl. 2011, § 139 PatG Rn. 184ff.; Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 6. Aufl. 2013, Rn. 808f.

<sup>23</sup> Picker, FS Canaris (Fn. 2), S. 1001, 1019.

<sup>24</sup> Siehe nur Canaris, FS Steffen, 1995, S. 85ff.; Picker, FS Canaris (Fn. 2), S. 1001, 1020ff.

<sup>25</sup> Siehe etwa Medicus, FS Steffen, 1995, S. 333ff.

<sup>26</sup> Vgl. dazu etwa Picker, FS Canaris (Fn. 2), S. 1001, 1014ff.

<sup>27</sup> Zur problematischen Ordnungsfunktion der §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB siehe sogleich im Text.

<sup>28</sup> In diesem Sinne etwa Staudinger/Bergmann, Bearb. 2006, § 687 Rn. 23; v. Caemmerer, FS Rabel I (Fn. 8), S. 333, 355.



teresse) schützt oder sich auf das negative Interesse als einem Ausschnitt des Integritätsinteresses bezieht<sup>29</sup>. Daneben genießt auch das Forderungsrecht in seiner relativen Dimension rechtsverwirklichenden Schutz; als prominentester Schutzmechanismus sei der Erfüllungsanspruch genannt<sup>30</sup>, der als Schutzrecht eingreift, wenn die Forderung durch den Schuldner dadurch verletzt wird, dass er trotz Fälligkeit und Durchsetzbarkeit nicht leistet. Der bereicherungsrechtliche Schutz des Leistungsinteresses ist in § 285 BGB niedergelegt: Der Schuldner muss grds. alle Vorteile auskehren, die er dadurch erlangt, dass das Leistungsinteresse des Gläubigers unbefriedigt bleibt. Die bereicherungsrechtliche Einordnung von § 285 BGB ist zwar nicht unbestritten, kann heute aber im Grundansatz wohl als herrschende Meinung bezeichnet werden<sup>31</sup>. Insofern dürfte es auch wenig überraschen, dass wie bei der Eingriffskondition hinsichtlich absolut geschützter Rechtspositionen der Umfang der Bereicherungshaftung im Rahmen von § 285 BGB umstritten ist. Auch hier stehen sich Befürworter einer Begrenzung auf den objektiven Wert<sup>32</sup> und Protagonisten einer Gewinnherausgabe gegenüber<sup>33</sup>.

Geht man wie bei §§ 812, 816 BGB in zutreffender Weise davon aus, dass die bereicherungsrechtliche Abschöpfung grds. auf den objektiven Wert im Sinne einer Ersparnisbereicherung zu begrenzen ist, drängt sich zwangsläufig die Frage auf, ob das Leistungsinteresse gegenüber dem Schuldner nicht auch gem. §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB geschützt wird, der Forderungsschuldner bei vorsätzlichem Handeln also nicht nur Restitution leisten (entgangener Gewinn) und eine Bereicherung auskehren (objektiver Wert), sondern auch einen eigenen Gewinn herausgeben muss. Ob §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB insoweit Anwendung

finden können, ist heftig umstritten<sup>34</sup>. Beantworten lässt sich diese Frage nur durch eine Klärung der Ordnungsfunktion der §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB, die hier nicht erfolgen soll. Handelte es sich tatsächlich um ein dem Zivilrecht grds. fremdes Sanktionsinstrument, das vor allem der Abschreckung dienen soll<sup>35</sup>, wäre durchaus fraglich, ob entsprechende Abschreckungen auch *inter partes* angezeigt sind. Zum einen kann sich jedenfalls bei vertraglich begründeten Forderungen jeder Gläubiger seinen Schuldner selbst aussuchen, weshalb die Vulnerabilität wohl nicht vergleichbar ist, zum anderen bewegt man sich bei der relativen Dimension der Forderung im Bereich des Leistungsinteresses; es geht also nicht um Integritätsschutz, sondern um eine Aufstockung des Vermögens, was die zivilrechtliche Legitimität von Sanktionsmechanismen noch viel prekärer erscheinen lässt, als dies sonst schon der Fall ist.

## B. Die Entscheidung BGH VII ZR 259/11 im Überblick

Der BGH hat seinen eingangs zitierten Satz zum fehlenden »Zuweisungsgehalt« von Forderungen vor dem Hintergrund des folgenden vereinfachten Sachverhalts entwickelt: Ein Bauunternehmer beauftragt einen Architekten mit den Planungsarbeiten für ein Bauvorhaben, das der Unternehmer auf einem konkreten Grundstück, dessen Eigentümer er nicht ist und das er noch zu erwerben gedenkt, verwirklichen will. Der Architekt erbringt die Planungsleistungen, dem Unternehmer gelingt der Erwerb des Grundstücks jedoch nicht und die Verwirklichung des Projekts scheitert. Das konkrete Grundstück wird daraufhin von einem Dritten erworben, der auch vom Architekten die Planungen erwirbt und diesen dafür vergütet. Der Architekt begehrt neben dieser von dem Dritten erlangten Vergütung auch von dem Unternehmer das vereinbarte

<sup>29</sup> Zutreffend ist es, § 284 BGB als Schutzinstrument des Leistungsinteresses aufzufassen; siehe Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung (Fn. 3), S. 161 ff. mN auch zur Gegenauffassung.

<sup>30</sup> Zur Unterscheidung zwischen Erfüllungsanspruch und Forderung eingehend Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung (Fn. 3), S. 106 ff. mN auch zur Gegenansicht; vgl. jüngst auch Thomale, Leistung als Freiheit, 2012, S. 184 f.

<sup>31</sup> Eingehend Hartmann, Der Anspruch auf das stellvertretende commodum, 2007, S. 25 ff.; Lobinger, JuS 1993, S. 453, 456; Wilhelm, Sachenrecht (Fn. 2), Rn. 91; vgl. weiter MüKo/Emmerich (Fn. 15), § 285 Rn. 2; Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 355 ff.; a. A. aber Staudinger/Löwisch/Caspers, Bearb. 2009, § 285 Rn. 3.

<sup>32</sup> Vgl. Hartmann, commodum (Fn. 31), S. 296 ff.; Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 339 ff.; im Ergebnis ähnlich Staudinger/Löwisch/Caspers (Fn. 31), § 285 Rn. 41 f.

<sup>33</sup> BGHZ 46, 260, 264; MüKo/Emmerich (Fn. 15), § 285 Rn. 22 f.; Jauernig/Stadler (Fn. 9), § 285 Rn. 7; BeckOK BGB/Unberath (Fn. 7), § 285 Rn. 10.

<sup>34</sup> Für eine entsprechende Anwendung Ernst, FS Heldrich, 2005, S. 113, 137 f.; Hartmann, commodum (Fn. 31), S. 127 f., 292 ff.; Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 183 ff.; eingehend Nipperdey, FS Böhm, 1965, S. 163, 165 ff.; Picker, AcP 183 (1983), S. 369, 512 f.; a. A. etwa Domscheidt, Grenzen der vertraglichen Gewinnhaftung, 2013, S. 90 ff.; BeckOK BGB/Gehrlein (Fn. 7), § 687 Rn. 5; MüKo/Seiler (Fn. 15), § 687 Rn. 24; ähnlich Böger, System der vorteilsorientierten Haftung im Vertrag, 2009, S. 426 ff.; vgl. auch die Nachweise zur ablehnenden Rspr. des BGH unten in Fn. 50.

<sup>35</sup> In diesem Sinne etwa Bader, Diskriminierungsschutz (Fn. 13), S. 381 ff.; Helms, Gewinnherausgabe (Fn. 7), S. 156 ff.; Ellger, Bereicherung (Fn. 15), S. 647; P. Gebauer, JURA 1998, S. 128, 134 f.; tendenziell wohl auch Hartmann, commodum (Fn. 31), S. 294 f.; krit. aber Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung (Fn. 16), S. 318 Fn. 79.

Honorar. Der Unternehmer beruft sich darauf, dass ihm wegen der Zweitverwertung der Planungen Gegenforderungen zustehen.

Der BGH sieht keine Grundlage für die konkret geltend gemachten Gegenforderungen. In seiner Entscheidung geht er mangels gegenteiliger Feststellungen der Vorinstanz davon aus, dass die erstellten Pläne des Architekten nicht urheberrechtlich geschützt seien, also keine *erga omnes* wirkende Rechtsposition an den Plänen besteht, die der Architekt ggf. auf den Unternehmer hätte übertragen können (Tz. 17, 24)<sup>36</sup>. Weiter nimmt der BGH an, eine Vertragsauslegung ergebe, der Architekt habe dem Unternehmer mit dem Vertragsschluss versprochen, dass er es unterlassen werde, die Planungsleistung im Hinblick auf das konkrete Grundstück erneut zu verwerten (Tz. 21). Obwohl der Architekt dieses Versprechen verletzt habe, vermag der BGH aber noch keine hinreichende Basis für Gegenforderungen des Unternehmers im Hinblick auf das Zweitverwertungshonorar zu erkennen: Eine allgemeine Eingriffskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB scheide aus, der Forderung ermangele es nicht nur im Verhältnis zu Dritten, sondern auch zum Schuldner am Zuweisungsgehalt (Tz. 23f.). Ein Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB komme zwar in Betracht und solle von der Vorinstanz auch neu verhandelt werden (Tz. 29), der Schaden könne jedoch nicht nach Maßgabe der dreifachen Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn (das Zweitverwertungshonorar) bestimmt werden, da diese Berechnungsart des Schadens den Immaterialgüterrechten vorbehalten sei (Tz. 27). Auch insoweit wird der Vorinstanz aufgetragen zu ermitteln, ob die Pläne nicht doch urheberrechtlich geschützt seien (Tz. 30).

## C. Kritische Würdigung der Entscheidung

### I. Die Auslegung des Vertrages

Geht man mit dem BGH zunächst davon aus, dass die Pläne nicht urheberrechtlich geschützt sind, so kommt als verletzte Rechtsposition des Unternehmers in der Tat nur ein Forderungsrecht gegen den Architekten in Betracht. Ermittelt werden muss, ob der Architekt dem Unternehmer versprochen hat, die Pläne nicht erneut zu verwerten, was ein entsprechendes Leistungsinteresse des Unternehmers be-

gründen würde<sup>37</sup>. Eine ausdrückliche Vereinbarung lässt sich dem Vertrag freilich nicht entnehmen, weshalb im Wege der Auslegung zu ermitteln ist, ob der Architekt ein auf Unterlassung gerichtetes Versprechen abgegeben hat. Zurückgegriffen werden kann in diesem Kontext auf die zu urheberrechtlich geschützten Planungsleistungen eines Architekten entwickelten Grundsätze. Auch wenn im zu entscheidenden Fall kein Urheberrecht bestand, ist die Interessenlage doch vergleichbar. In beiden Konstellationen geht es um die entscheidende Frage, welche Rechte sich der Architekt gegenüber dem Auftraggeber vorbehalten will. Der urheberrechtliche Schutz spielt *inter partes* insoweit keine Rolle, er bestimmt vor allem darüber, inwieweit die Planungsleistungen gegen Eingriffe Dritter geschützt werden. In diesem Zusammenhang wird davon ausgegangen, dass der Architekt dem Auftraggeber keine Rechte an den Planungsleistungen in der Form von ausschließlichen Li-

<sup>37</sup> Häufig wird bei der Handhabung der Schutzsysteme davon ausgegangen, dass Forderungsrechte begründet werden, wo dies tatsächlich nicht der Fall ist. So wird verbreitet etwa davon ausgegangen, dass im Mietvertrag die Rückgabepflicht gem. § 546 Abs. 1 BGB auch im Hinblick auf den Substanzwert der Sache auf einem vermögensaufstockenden Versprechen beruhe, was dazu führt, dass der Mieter bei Nichtrückgabe schadensersatzpflichtig gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 bzw. 283 BGB würde (sog. »Zwangskauf«), *unabhängig* davon, ob der Vermieter tatsächlich Eigentümer sei (vgl. Palandt/*Grüneberg*, 72. Aufl. 2013, § 281 Rn. 4). Für eine entsprechende vertragliche Verdoppelung des Substanzinteresses an der Mietsache gibt es freilich keinen Anlass und § 546 Abs. 1 BGB besagt vertraglich im Hinblick auf den Substanzwert nur, dass der Mieter das Interesse des *Eigentümers* an der Sache anerkennt (siehe auch *Katzenstein/Hüftle*, NZM 2004, S. 601, 603). Vergleichbar verhält es sich mit der Unterlassungspflicht im Hinblick auf die Gebrauchsüberlassung an Dritte gem. §§ 540, 553 BGB. In der Literatur wird in den Fällen unberechtigter Untervermietung entgegen dem BGH (BGHZ 131, 297, 305f.; so auch MüKo/*Schwab* (Fn. 4), § 812 Rn. 255) teilweise suggeriert, hierbei handle es sich um eine eigenständige bereicherungsrechtlich geschützte Rechtsposition des Vermieters. Richtigerweise ist auch hier eine entsprechende Verdoppelung der Eigentümerinteressen nicht im Interesse des Mieters und daher nicht versprochen (entgegen *Hartmann*, *commodum* (Fn. 31), S. 100, 114ff., der konsequenterweise § 285 BGB anwendet; vgl. auch *P. Gebauer*, JURA 1998, S. 128, 132 Fn. 49). §§ 540, 553 BGB sind Ausdruck des Integritätsinteresses des Eigentümers und des Umstandes, dass er sich bestimmte eigentumsrechtliche Befugnisse vorbehält. Die unberechtigte Untervermietung ist daher ein Eingriff in das Eigentum (vgl. auch *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 69 I. 2. a), S. 173), der *insoweit* ohne Rechtsgrund erfolgt (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB) bzw. rechtswidrig ist (§ 823 Abs. 1 BGB). Der vermietende Nichteigentümer kann daher den nichtberechtigten Untervermieter im Grundsatz nicht neben dem Eigentümer diesbezüglich aus Schutzrechten in Anspruch nehmen; ist der Vermieter nicht Eigentümer, käme allenfalls ein Eingriff in dessen ggf. berechtigten Besitz in Betracht, soweit man dessen absoluten Schutz mit der wohl überwiegenden Meinung anerkennt.

<sup>36</sup> Im Text zitierte Tz. beziehen sich auf BGH, Urteil vom 10. 1. 2013, Az.: VII ZR 259/11.

zenzen (§ 31 UrhG spricht von Nutzungsrechten) überträgt. Im Urheberrecht existiert insoweit mit § 31 Abs. 5 UrhG ein Auslegungsgrundsatz, der als Zweckübertragungslehre umschrieben wird<sup>38</sup>, wonach der Urheber nur das an Rechten einräumen wird, was zur Erreichung des Vertragszwecks erforderlich ist. Zur Verwirklichung eines Bauprojektes muss der Unternehmer nur in die Lage versetzt werden, die Pläne einmal nachzubauen; mehr Rechte wird der Architekt dem Auftraggeber daher grds. nicht einräumen<sup>39</sup>. Die Rechtsprechung nimmt sogar an, dass der Architekt überhaupt keine Rechte einräumen wird, wenn er die Pläne selbst ausführen soll<sup>40</sup>.

Dennoch geht der BGH im Anschluss an die Vorinstanz davon aus, dass der Architekt dem Unternehmer nicht nur ein Bauen anhand der erbrachten Planungsleistung gestattet, sondern auch versprochen habe, eine Zweitverwertung zu unterlassen. Dieses Unterlassungsversprechen habe jedoch einen eng begrenzten Umfang und beziehe sich nur auf das *konkrete* Grundstück, dessen Bebauung der Auftraggeber vorhatte. Ein solches Unterlassungsversprechen war für den Bauunternehmer freilich nur deshalb von Interesse, weil er noch nicht Eigentümer dieses *konkreten* Grundstücks war. Wäre er bereits Eigentümer gewesen, hätte er eines solchen Versprechens nicht bedurft, da er die Zweitverwertung mit Bezug auf sein Grundstück schon kraft Eigentums an dem Grundstück hätte vereiteln können: Die Planungen wären für einen potenziellen Erwerber nur dann von Interesse, wenn er auch das Grundstück erwerben könnte. Ein Interesse des Bauunternehmers an einem Zweitverwertungsverbot im Hinblick auf das konkrete Grundstück kann sich in wirtschaftlicher Hinsicht dann ergeben, wenn der Bauunternehmer von einer Umsetzung des Bauvorhabens Abstand nimmt, um einem Dritterwerber des Grundstücks die Pläne entgeltlich zu überlassen. Auf dieses Interesse beruft sich der BGH im Rahmen der Vertragsauslegung; freilich können in diese nicht jegliche Interessen Eingang finden, die sich irgendwann irgendwie ergeben könnten. Für den Vertragspartner müssen diese auch erkennbar gewesen sein, damit sie Teil des vertraglichen Konsenses werden konnten. Die Vorinstanz hat insoweit ausgeführt, dass es im Baugewerbe »durchaus nicht unüblich« sei, dass ein Bau-

unternehmer ein Projekt entgeltlich an Dritte weitergebe<sup>41</sup>. Nur wenn dies zutreffen sollte, ist die Auslegung des Vertrages dahingehend, dass der Architekt versprochen habe, eine Zweitverwertung der Pläne hinsichtlich des konkreten Grundstücks zu unterlassen, vertretbar.

## II. Der verfehlte Rückgriff auf den bereicherungsrechtlichen Jedermannsschutz

Es verwundert, dass der BGH zunächst mit der Eingriffskondition gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB ein Schutzsystem in den Mittelpunkt der Untersuchung stellt, das gegenüber Jedermann greift<sup>42</sup>. Dass die Forderung im Hinblick auf den Leistungsbefehl, der sich in einer Unterlassungsverpflichtung äußert, bereicherungsrechtlich *erga omnes* nicht geschützt ist, liegt wegen der Relativität der Vermögensaufstockungspflicht auf der Hand. Die Frage, inwieweit Forderungsrechte auch absoluten Schutz genießen, mag zwar in Grenzbereichen durchaus problematisch sein<sup>43</sup>, und tatsächlich gibt es etwa mit der Figur des berechtigten Besitzes Ansätze, Forderungsrechten absoluten Schutz zu verleihen. In Frage steht hier aber doch von vornherein nicht, ob der Architekt eine Jedermannspflicht im Hinblick auf die Forderung verletzt hat, sondern wie auf seine unstreitig vorliegende Pflichtverletzung *inter partes* zu reagieren ist. Die Erwägungen auf absoluter Ebene wären allenfalls im Sinne eines Erst-Recht-Schlusses weiterführend: Sollten absolute Schutzmechanismen *eingreifen*, gelten sie erst recht auch *inter partes*, soweit sich aus dem Vertrag nicht ein anderes ergibt. Die Argumentation des BGH mündet aber in einen Fehlschluss, wenn behauptet wird, der Forderung komme im Rahmen der

<sup>41</sup> OLG Hamm, BauR 2012, 1433, 1436 li. Sp.

<sup>42</sup> Ähnlich die Urteilsbesprechung von Thomale, LMK 2013, 344518. Schwab, NJW 2013, S. 1135, 1136 erläutert weiter den Beispielsfall einer Doppelvermietung, bei der eine absolut geschützte Rechtsposition des Mieters erst dann entstehe, wenn ihm der Besitz eingeräumt worden sei; das mag zutreffen, *inter partes* ist die Pflicht des Vermieters zur Erlösauskehr gem. § 285 BGB im Falle der Doppelvermietung aber schon lange anerkannt (vgl. statt vieler MüKo/Emmerich (Fn. 15), § 285 Rn. 6; Hartmann, commodum (Fn. 31), S. 95 mwN; Staudinger/Löwisch/Caspers (Fn. 31), § 285 Rn. 39; Wilhelm, Sachenrecht (Fn. 2), Rn. 93 Fn. 179; auch BGHZ 167, 312ff. geht letztlich von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 285 BGB aus), weshalb die Frage, ob auch ein Schutz *erga omnes* besteht, für die Entscheidung des Streits *inter partes* nicht relevant ist, was Schwab, NJW 2013, S. 1135, 1138 in seiner Urteilsbesprechung freilich im Ergebnis auch so sieht: »Der Ausflug ins Bereicherungsrecht hat eher geschadet als genützt«.

<sup>43</sup> Siehe bereits oben A. III. 1.

<sup>38</sup> Vgl. Schack, Urheberrecht (Fn. 22), Rn. 615; Wandtke/Bullinger/Grunert, 3. Aufl. 2009, § 31 UrhG Rn. 39.

<sup>39</sup> Vgl. etwa BGH, GRUR 1982, S. 369, 371 – Allwetterbad; Schack, Urheberrecht (Fn. 22), Rn. 1261; Dreier/Schulze, 4. Aufl. 2013, § 31 UrhG Rn. 137.

<sup>40</sup> BGH, GRUR 1973, S. 663, 665 – Wählamt; GRUR 1984, S. 656, 658 – Vorentwurf; vgl. auch die restriktive Auslegung bei BGHZ 24, 55, 70 – Ledigenheim.

Eingriffskondition »– auch im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander –« im Hinblick auf einen Verstoß gegen die Unterlassungspflicht kein Zuweisungsgehalt zu (Tz. 24).

### III. Das weitgehende Ignorieren der relativen Schutzsysteme

Der BGH erkennt zwar, dass der Verstoß des Architekten gegen seine Unterlassungspflicht »Rechtsfolgen nach dem Recht der Leistungsstörungen nach sich ziehen« könne (Tz. 24), lässt dieses Regelungsregime aber abgesehen vom Schadensersatzrecht vollständig unerörtert. Insbesondere wird § 285 BGB überhaupt nicht erwähnt und damit der bereicherungsrechtliche Schutz des Forderungsrechts *inter partes* schlicht ignoriert<sup>44</sup>. Nachvollziehbare Gründe hierfür sind indes kaum ersichtlich.

#### 1. Der bereicherungsrechtliche Schutz gem. § 285 BGB

Die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 285 BGB liegen vor<sup>45</sup>. An dem insoweit unglücklich gefassten Wortlaut des § 285 BGB, dass für einen »Gegenstand« Ersatz erlangt worden sein müsse, ist insofern kein Anstoß zu nehmen, zeigt doch zumindest der Verweis auf § 275 Abs. 3 BGB, dass der tatbestandliche Wortlaut einer Einbeziehung von Unterlassungsverpflichtungen nicht entgegensteht<sup>46</sup>. Der gravierende Mangel in den Urteilsgründen lässt sich auch nicht mit der Erwägung relativieren, dass § 285 BGB dem Unternehmer nicht gewährt hätte, was er in der Rechtsfolge begehrte<sup>47</sup>, da die Vorschrift

nicht auf den Verletzergewinn in der Form des Zweitverwertungshonorars gerichtet ist. Zum einen hätte es in jedem Fall einer Aussage des BGH dahingehend bedurft, dass er der (zutreffenden) Auffassung folgt, die § 285 BGB auf den objektiven Wert des Erlangten im Sinne einer Ersparnisbereicherung beschränkt. Zum anderen hätte der Unternehmer aber jedenfalls in Höhe dieses objektiven Wertes Erfolg gehabt. Er hätte den Betrag verlangen können, den der Architekt sich dadurch erspart hat, dass er sich nicht die Zustimmung des Unternehmers zur konkreten Zweitverwertung erkaufte; der Betrag deckt sich mit einer »Lizenzgebühr« im weitesten Sinne. Die Bestimmung dieses objektiven Wertes mag in Einzelfällen zwar große Probleme bereiten, im konkreten Fall liegt dieser Wert allerdings auf der Hand: Der Architekt hatte die Planung sowohl an den Unternehmer als auch an den Dritten zum annähernd gleichen Preis veräußert, so dass man davon ausgehen können wird, dass es sich hierbei um den Marktpreis der Benutzungsbefugnis der Pläne für das konkrete Grundstück handelt<sup>48</sup>. Die Vorinstanz hat in der Sache also richtig entschieden, indem sie dem Unternehmer genau diesen Betrag bereicherungsrechtlich zugesprochen hat. Nur ein Fehler in der Begründung war es, diesen Anspruch auf §§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 818 Abs. 2 BGB zu stützen und nicht auf § 285 BGB. Dadurch, dass der BGH sich darauf beschränkte, die fehlerhaften Ausführungen zu § 812 Abs. 1 Var. 2 BGB zu korrigieren, wurde seine Entscheidung nun allerdings auch im Ergebnis fehlerhaft.

#### 2. Relativer Schutz entsprechend § 687 Abs. 2 BGB

Dass der BGH sich daneben nicht mit einer Anwendbarkeit der §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB *inter partes* auf das Leistungsinteresse auseinandergesetzt hat, wiegt im Hinblick auf die Vollständigkeit der Begründung weniger schwer. Der Senat erörtert eine Anwendbarkeit der dreifachen

<sup>44</sup> Ähnlich die allgemeinen Ausführungen bei Ellger, Bereicherung (Fn. 15), S. 863 ff., der die Bedeutung von § 285 BGB *contra legem* sogar unter Rückgriff auf die fragwürdige ökonomische Figur eines »effizienten Vertragsbruchs« (*efficient breach*) zurückzudrängen erwägt.

<sup>45</sup> So auch Schwab, NJW 2013, S. 1135, 1137 und eingehend zur Anwendbarkeit von § 285 BGB bei Unterlassungsverpflichtungen Hartmann, *commodum* (Fn. 31), S. 98 ff. mwN; a.A. etwa Böger, Haftung (Fn. 34), S. 644 ff.

<sup>46</sup> Siehe auch Staudinger/Löwisch/Caspers (Fn. 31), § 285 Rn. 5, 24; zurückhaltend MüKo/Emmerich (Fn. 15), § 285 Rn. 5.

<sup>47</sup> So aber Schwab, NJW 2013, S. 1135, 1137, der meint, es fehle an der gem. § 285 BGB erforderlichen Identität zwischen geschuldetem »Gegenstand« und Bereicherung. Die Identität ist freilich gegeben, soweit die Bereicherung im Widerspruch zur Unterlassungspflicht erzielt worden ist (eingehend Hartmann, *commodum* (Fn. 31), S. 207 ff.). Schwabs anschließend vorgeschlagene, auf eine Abschöpfung gerichtete »ergänzende Vertragsauslegung« (vgl. allgemein auch Böger, Haftung (Fn. 34), S. 811 ff.) lässt interessante Parallelen zu Auffassun-

gen zu, die § 285 BGB insgesamt als Resultat einer Vertragsauslegung ansehen (vgl. Motive II, S. 46 = Mugdan II, S. 25; BGHZ 135, 284, 389 (»gesetzlich geregelte[r] Fall einer ergänzenden Vertragsauslegung«)). Im Kern wird damit der dispositive Geltungsgrund von § 285 BGB bei vertraglichen Forderungen umschrieben, er ist vom hypothetischen Parteiwillen gedeckt (entgegen Hartmann, *commodum* (Fn. 31), S. 52 ff.; Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten, 2004, S. 225 ff.; Picker, AcP 183 (1983), S. 369, 512, 515 f.; zur Dispositivität des Leistungsstörungenrechts vgl. Hoffmann, Zession und Rechtszuweisung (Fn. 3), S. 78 f.), die Ordnungsfunktion ist allerdings bereicherungsrechtlicher Natur.

<sup>48</sup> So auch OLG Hamm, BauR 2012, 1433, 1436 li. Sp.



Schadensberechnung auf das Leistungsinteresse und verneint sie ohne nähere Begründung in der Sache<sup>49</sup>, so dass eine Berücksichtigung der §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB wohl zu keinem anderen Ergebnis geführt hätte<sup>50</sup>.

#### IV. Die grds. Irrelevanz eines möglichen Urheberrechts

Der BGH hat den Rechtsstreit an die Vorinstanz zurückverwiesen, damit diese ermittle, ob die Planungsleistungen des Architekten urheberrechtlich geschützt sind (Tz. 30). Zu prüfen wäre also durch die Vorinstanz, ob die Planungen ein hinreichendes Maß an Gestaltungshöhe haben, so dass von einer schutzwürdigen persönlichen geistigen Schöpfung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 UrhG ausgegangen werden kann<sup>51</sup>. Unklar ist freilich, warum dies für die Entscheidung des Streits von Relevanz sein soll.

##### 1. Vorliegen allenfalls einer einfachen Lizenz

Hätte der Architekt ein Urheberrecht an den Plänen, stärkte dies zunächst nur seine Position gegenüber Dritten, da ihm ein absolut wirkendes Recht zugewiesen wäre. Der Unternehmer könnte allenfalls vom Architekten Rechte hieraus ableiten. Im Wege der Vertragsauslegung wäre dann zu ermitteln, welche Rechte der Architekt dem Unternehmer im Hinblick auf sein Urheberrecht im Wege der Lizenzerteilung im Sinne eines Nutzungsrechts gem. § 31 UrhG eingeräumt hat. Im Urheberrecht und im übrigen Immaterialgüterrecht unterscheidet man gemeinhin zwischen sog. einfachen und ausschließlichen Lizenzen. Eine einfache Lizenz vermittelt dabei hinsichtlich des Schutzes gegen Eingriffe nur eine einem schuldrechtlichen Nut-

zungsrecht vergleichbare<sup>52</sup> Befugnis des Lizenznehmers gegenüber dem Urheber, der Unternehmer hätte gegenüber dem Architekten also mit Blick auf die Schutzsysteme qualitativ die gleiche Position wie in dem Fall ohne Bestehen eines Urheberrechts; er wird insbesondere grds. nicht aktivlegitimiert aus den absoluten Schutzrechten des § 97 UrhG<sup>53</sup>. Eine ausschließliche Lizenz soll nach herrschender, aber nicht unbestrittener Meinung dem Lizenznehmer dagegen ein dingliches Recht gewähren und ihm die Legitimation aus § 97 UrhG verschaffen<sup>54</sup>. Die Vertragsauslegung hätte nach der sog. »Zweckübertragungslehre« gem. § 31 Abs. 5 UrhG zu erfolgen und bei Architektenverträgen herrscht, wie dargelegt<sup>55</sup>, die Auffassung vor, dass der Architekt grds. keinen Anlass hat, dem Auftraggeber eine ausschließliche Lizenz einzuräumen.

##### 2. Die Irrelevanz der (ggf. auch) dinglichen Qualität einer Rechtsposition inter partes

Selbst wenn die Vorinstanz aber zu dem Ergebnis kommen sollte, dass der Architekt im Falle des Bestehens eines Urheberrechts dem Unternehmer eine absolut wirksame Position im Hinblick auf dieses Urheberrecht eingeräumt hat, kann dies schlechterdings für die Entscheidung des Rechtsstreits im Ergebnis keine Rolle spielen<sup>56</sup>. Es kann

<sup>49</sup> Auch die insoweit zitierte Entscheidung BGH, NJW-RR 2002, S. 1565, 1567 enthält in der Sache keine Begründung. Äußerst problematisch ist weiter, dass der BGH meint, die dreifache Schadensberechnung könne Anwendung finden, wenn der Architekt dem Unternehmer ggf. ein absolutes Recht an einem Urheberrecht eingeräumt habe; siehe unten C. IV. 1. Gegen die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auf vertragliche Schadensersatzforderungen etwa auch *Dornscheidt*, Vertragliche Gewinnhaftung (Fn. 34), 2013, S. 54 ff.

<sup>50</sup> Ausdrücklich abgelehnt hat der BGH eine Anwendung der Vorschriften auf relative Rechtspositionen in BGH, NJW 1984, S. 2411; vgl. auch BGH, NJW 1988, S. 3018.

<sup>51</sup> Zum urheberrechtlichen Schutz von Architektenplänen vgl. etwa *Schack*, Urheberrecht (Fn. 22), Rn. 229; *Dreier/Schulze* (Fn. 39), § 2 UrhG Rn. 181 ff.; *Wandtke/Bullinger* (Fn. 38), § 2 UrhG Rn. 109.

<sup>52</sup> Vgl. aber zum Sukzessionsschutz auch § 33 UrhG und BGHZ 180, 344 – Reifen Progressiv; BGHZ 194, 136 – M2Trade.

<sup>53</sup> Vgl. etwa *Pahlow*, Lizenz und Lizenzvertrag im Recht des Geistigen Eigentums, 2006, S. 497 ff.; *Schack*, Urheberrecht (Fn. 22), Rn. 603, 757; *Dreier/Schulze* (Fn. 39), § 97 UrhG Rn. 19; *Wandtke/Bullinger/v. Wolff* (Fn. 38), § 97 UrhG Rn. 9.

<sup>54</sup> Vgl. etwa *Pahlow*, Lizenz (Fn. 53), S. 477 ff.; *Schack*, Urheberrecht (Fn. 22), Rn. 603, 757; *Dreier/Schulze* (Fn. 39), § 97 UrhG Rn. 20; *Wandtke/Bullinger/v. Wolff* (Fn. 38), § 97 UrhG Rn. 11; a. A. *McGuire*, Die Lizenz, 2012, S. 464 ff.

<sup>55</sup> Siehe oben C. I.

<sup>56</sup> Unzutreffend ebenfalls *Schulze*, NZBau 2013, S. 286, 288. Nicht weiterführend ist es auch, wenn *Schulze*, NZBau 2013, S. 286, 288 der Vorinstanz nahelegt zu untersuchen, ob gegebenenfalls eine Lizenz trotz tatsächlich nicht bestehenden Urheberrechts eingeräumt worden ist (sog. »Leerübertragung«). Die Rspr. geht zwar davon aus, dass solche Lizenzverträge nach der typischen Risikoordnung eines Lizenzvertrages Bestand haben und zur Zahlung der Lizenzvergütung verpflichten, weil und solange der Lizenznehmer immerhin eine »wirtschaftliche Vorzugsstellung« erhalte (zum Urheberrecht jetzt auch BGH, GRUR 2012, S. 910 – Delcantos Hits mN zu den anderen Immaterialgüterrechten). Diese lizenzvertragsrechtlichen Erwägungen *inter partes* können für die Beurteilung der Eingriffskondition auf der Jedermannsebene (*erga omnes*) aber keine Rolle spielen; vgl. auch BGH, GRUR 2005, S. 935, 337 – Vergleichsvorschlag II (im Verhältnis zu Dritten).

auf Anhieb nicht einleuchten, warum der Schutz des Unternehmers im Verhältnis zum Architekten (*inter partes*) davon abhängen soll, inwieweit der Unternehmer möglicherweise eine vom Urheberrecht des Architekten abgeleitete Position erworben haben könnte, die gegenüber Jedermann (*erga omnes*) geschützt wird. Der BGH unterliegt offenbar der unausgesprochenen Fehlvorstellung, dass sich der Schutz relativer Rechtspositionen nicht nur personell-quantitativ im Hinblick auf den Adressatenkreis, sondern auch inhaltlich-qualitativ bezüglich des Schutzzumfangs unterscheide. Dass dies grds. nicht zutrifft, kann bereits am konkreten Fall demonstriert werden: Warum sollte der vermögensrechtliche Schutz, den die Position des Unternehmers gegenüber dem Architekten genießt, davon abhängen, ob die Rechtsordnung die Leistung des Architekten für besonders honorierungswürdig erachtet und diesem ein absolut wirksames Urheberrecht zuweist, an dem dieser den Unternehmer dann teilhaben lässt? Allenfalls hinsichtlich des Verletzergewinns ließe sich eine entsprechende andersartige qualitative Ausgestaltung des relativen Schutzes rechtfertigen, sollte man davon ausgehen, dass der Verletzergewinn nur im Wege einer Sanktion herausverlangt werden kann<sup>57</sup>. Sieht man den Architekten als Vertragspartner mit dem BGH von entsprechenden Sanktionen als personell nicht erfasst an, kann es keine Rolle spielen, ob dieser eine relative oder absolute Rechtsposition des Unternehmers verletzt hat. Wenn der BGH also die dreifache Schadensberechnung im Rahmen von Vertragsbeziehungen für unanwendbar erklärt und wohl auch §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB nicht für einschlägig befindet, muss das innerhalb dieser Beziehung auch dann gelten, wenn der Rechtsverletzer eine absolute Rechtsposition verletzt, die er dem Inhaber zuvor *selbst* zugewendet hat; die spezialgesetzlichen Tatbestände des Immaterialgüterrechts, wie etwa § 97 Abs. 2 UrhG, müssten dann konsequenterweise teleologisch reduziert werden, so dass der Verletzergewinn nicht durch einen Lizenznehmer gegen den Inhaber des Urheberrechts bzw. der anderen Immaterialgüterrechte geltend gemacht werden

kann<sup>58</sup>. Die für die dreifache Schadensberechnung vortragene Teleologie eines besonderen Sanktionsbedürfnisses und von Beweisschwierigkeiten bei Immaterialgüterrechten<sup>59</sup> lässt keine Differenzierung danach zu, ob ein dingliches Immaterialgüterrecht in Form einer ausschließlichen Lizenz besteht oder ob diese *inter partes* lediglich vertraglich nachgebildet ist, weil entweder ein absolutes Hauptrecht fehlt oder lediglich eine einfache Lizenz vereinbart wurde. Verletzbarkeit und Beweisprobleme sind in beiden Fällen qualitativ vergleichbar. Wer mit dem BGH eine Gewinnhaftung *inter partes* verneint, muss dies konsequenterweise auch bei Bestehen eines lizenzierten Immaterialgüterrechts tun.

## D. Ergebnisrettung durch die Vorinstanz?

Zumindest im Ergebnis kann die Vorinstanz, an die der Rechtsstreit zurückverwiesen worden ist, die Entscheidung noch »retten«. Der BGH hat ihr aufgetragen, dem Unternehmer Gelegenheit zu geben, seinen Schaden »aus § 280 Abs. 1 BGB« genauer darzulegen (Tz. 29), womit ein auf das Leistungsinteresse gerichteter Schadensersatz gemeint sein dürfte. Im Einklang mit der Einschätzung der Vorinstanz, dass es »nicht unüblich« sei, dass der Bauunternehmer die Pläne selbst verwerte, stünde die Annahme, dass der Unternehmer die Pläne an den Dritten selbst veräußert hätte, wenn nicht der Architekt diese Geschäftsmöglichkeit vertragswidrig ergriffen hätte, so dass sich in diesem Fall der schadensersatzrechtlich zu ersetzende entgangene Gewinn (§ 252 BGB) und der bereicherungsrechtlich maßgebliche objektive Wert (»Lizenzgebühr«) sowie auch der Verletzergewinn decken würden. Das Verwirrspiel um die vermögensrechtlichen Schutzsysteme in ihren Ausgestaltungen *erga omnes* und *inter partes* würde dann wenigstens im Ergebnis noch ein versöhnliches Ende finden.

<sup>57</sup> Zu der hier nicht zu klärenden problematischen Ordnungsfunktion der §§ 687 Abs. 2, 681, 667 BGB und der funktionsäquivalenten Restitutionspflicht auf den Verletzergewinn im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung siehe oben A. III. 2.

<sup>58</sup> Im Ergebnis auch McGuire, Lizenz (Fn. 54), S. 470 ff.; 597 f., freilich mit der problematischen Begründung, es bestehe im Innenverhältnis für eine dreifache Schadensberechnung kein »Bedarf«; anders wohl Pahlow, Lizenz (Fn. 53), S. 479 f.

<sup>59</sup> Siehe oben bei Fn. 17 f.