

Teil 3 Französisches Recht

A. Überblick

Die Tabelle „Französisches Recht“ unter Teil 1 D zeigt eine Übersicht der geschützten Rechtsgüter und möglichen Zahlungsansprüche im Fall ihrer Verletzung. In der Praxis haben Schadensersatzansprüche die größte Bedeutung. Ausschließlich bei Urheberrechtsverletzungen besteht ein Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns. Unter Umständen können auch Bereicherungsansprüche bestehen, diese spielen in der Praxis jedoch fast keine Rolle.

I. Gewerbliche Schutzrechte, Urheber- und Wettbewerbsrecht

1. Spezialgesetzlich geschützte Rechte: „action en contrefaçon“

Die nachfolgend aufgeführten Rechte sind durch Spezialgesetze geregelt:

- « Brevet d’invention » (Patentrecht): art. L. 611ff. CPI,
- « Topographie d’un produit semi-conducteur » (Recht an einer Halbleitertopografie): art. L. 622ff. CPI,
- « Obtention végétale » (Sortenschutzrecht): art. L. 623ff. CPI.
- « Propriété littéraire et artistique », insbesondere das « droit d’auteur » (Urheberrecht): art. L. 111ff. CPI,
- « Dessins et modèles »: Schutz zwei- und dreidimensionaler Formen der ästhetischen Gestaltung kommerziell hergestellter Objekte: art. L. 511ff. CPI; bei besonderer Schöpfungshöhe kann zugleich Schutz durch das « droit d’auteur » bestehen (Grundsatz der « unité de l’art »),
- « Marques »: eingetragene Marken; art. L. 711ff. CPI,

Dem Berechtigten steht gegen denjenigen, der bestimmte, im Gesetz beschriebene verbotene Handlungen in Bezug auf den Schutzgegenstand des Rechts ausführt, die „action en contrefaçon“ zu. Der Verletzer haftet zivilrechtlich deliktisch

⁷⁴³ Cass., Ch crim. v. 10.11.1881: Annales, 1882.204.

(„responsabilité civile“). Damit wird nach Ansicht der Rechtsprechung auf die deliktsrechtliche Generalklausel des art. 1382 C. c. verwiesen.⁷⁴³ Dabei handelt es sich nicht um eine reine Rechtsfolgenverweisung, vielmehr wirken die spezialgesetzlichen Vorschriften und die deliktsrechtliche Generalklausel bei der „action en contrefaçon“ zusammen. Art. 1382 C. c. hat drei Voraussetzungen: „faute“, „lien de causalité“, „préjudice“. Bei der „action en contrefaçon“ liegt die „faute“, die sonst jeweils im Einzelfall nachgewiesen werden muss, ohne weiteres vor, wenn dem Anspruchsgegner ein Verhalten zur Last gelegt werden kann, das nach den Bestimmungen der Spezialgesetze eine „contrefaçon“ darstellt. Nur in außergewöhnlichen Fällen kann der Anspruchsgegner sich erfolgreich darauf berufen, dass er „de bonne foi“ gehandelt habe; ausgeschlossen ist dies, wenn er als „professionnel“ der jeweiligen Branche anzusehen ist.⁷⁴⁴

2. Wettbewerbsrechtliche Ansprüche

Neue Haftungstatbestände werden richterrechtlich in der Regel im Rahmen der deliktsrechtlichen Generalklausel, art. 1382 C. c., geschaffen. Sie dient häufig als Auffangtatbestand, da sie nicht voraussetzt, dass in ein absolutes Recht („droit privatif“) eingegriffen wurde⁷⁴⁵; dadurch unterscheidet sie sich insbesondere von der „action en contrefaçon“⁷⁴⁶. Die Rechtsprechung hat im Rahmen der Generalklausel auch zwei wettbewerbsrechtliche Tatbestände entwickelt: die „action en concurrence déloyale“ und die „action pour agissement parasitaire“.

a) Die « action en concurrence déloyale »

Der Tatbestand der „concurrence déloyale“ wird durch ein Verhalten im Rahmen eines Wettbewerbsverhältnisses verwirklicht.⁷⁴⁷ Ein Wettbewerbsverhältnis liegt nach traditionellem Verständnis vor, wenn die Kontrahenten ähnliche Produkte

⁷⁴⁴ Differenzierend nach Art der Verletzung im Patentrecht art. L 615-1 Satz 3 CPI, dazu Paris, 22.01.1987, RDPI 13, Oktober 1987, S. 83. Zum Urheberrecht Cass. Com., 21.11.1972, Gaz. Pal. 1973.1.216 (« en cette matière la bonne foi ne se présumant pas, il appartient au contrefacteur de le prouver »); Paris, 07.02.1996: PIBD 611, III, S. 290, 291 (« il convient de rappeler que, sur le plan civil, toute reproduction, représentation, exploitation d'une œuvre de l'esprit, en violation des droits de l'auteur, constitue à elle seule une contrefaçon, indépendamment de toute autre faute du contrefacteur »).

⁷⁴⁵ Com., 14.11.1995: RIPIA 1996. 243, 247.

⁷⁴⁶ Pollaud-Dulian, n° 75.

⁷⁴⁷ Courtieu, Juris-Classeur Responsabilité civile, Fasc. 132-1, n° 33.

herstellen oder zumindest auf demselben Gebiet gewerblich tätig sind.⁷⁴⁸ Die im Rahmen des art. 1382 C. c. vorausgesetzte „faute“ muss vom Anspruchsteller jeweils im Einzelfall nachgewiesen werden. Absichtliches Handeln setzt sie nicht voraus.⁷⁴⁹ Roubier folgend, werden einige Fallgruppen unterschieden, die jedoch die möglichen Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs nicht abschließend erfassen.⁷⁵⁰

- „confusion“: Hervorrufen von Verwechslungsgefahr zu Wettbewerbszwecken;
- „dénigrement“: unzulässige Herabsetzung des Konkurrenzprodukts oder -unternehmens;
- „désorganisation“ eines Konkurrenzunternehmens, z. B. durch unlautere Verschaffung von dessen Fertigungswissen;
- „désorganisation générale du marché“, allgemeine Marktstörung zulasten einer Vielzahl von Unternehmen durch unzulässige Praktiken, z. B. Schwarzarbeit⁷⁵¹.

b) Die „action pour agissement parasitaire“

Eingetragene Marken, die durch die „action en contrefaçon“ geschützt sind, sind grundsätzlich nur im Rahmen der „spécialité“ geschützt, d. h. Ansprüche bestehen nur, wenn die Marke oder ein ihr ähnliches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen benutzt wird, die denjenigen, für die die Marke geschützt ist, zumindest ähnlich sind. Der Schutz sonstiger Kennzeichen durch die „action en concurrence déloyale“ ist ähnlich begrenzt, da sie zwingend ein (eng definiertes) Wettbewerbsverhältnis voraussetzt und meist nur die Fallgruppe der „confusion“ in Frage kommt, die Verwechslungsgefahr zwischen den Produkten oder den Unternehmen der Beteiligten voraussetzt.

⁷⁴⁸ Roubier, Band I, n° 108.

⁷⁴⁹ Courtieu, Juris-Classeur Responsabilité civile, Fasc. 132–1, n° 39.

⁷⁵⁰ Roubier, Band I, n° 110ff.

⁷⁵¹ Paris, 16.01.1980: D. 1981, S. 564.

Um unerwünschte Verhaltensweisen auch dann unterbinden zu können, wenn die Beteiligten nicht auf ähnlichen Gebieten geschäftlich aktiv sind und keine Verwechslungsgefahr besteht, hat die Rechtsprechung die „action pour agissement parasitaire“ entwickelt. Sie beruht auf einem Konzept, das 1956 von *Saint-Gal* vorgeschlagen wurde, um den unautorisierten Gebrauch berühmter Marken auch außerhalb des Produktbereichs, für den die fragliche Bezeichnung geschützt ist, zu sanktionieren. Danach sollte der Gebrauch der Marke für andersartige Produkte auch dann unzulässig sein, wenn der Beklagte eine Schädigungsabsicht hat oder eine Täuschung über die betriebliche Herkunft der Produkte herbeizuführen versucht.⁷⁵² 1962 stützte das Appellationsgericht von Paris erstmals eine Entscheidung auf dieses Konzept.⁷⁵³ Die Beklagte hatte die berühmte Automarke „Pontiac“ für Kühlschränke benutzt. Das Gericht befand, dass der Beklagte eine Täuschung über die betriebliche Herkunft der Produkte herbeizuführen versuche: Sie habe den Namen „Pontiac“ gerade zu dem Zweck gewählt, den Eindruck zu erwecken, ihre Kühlschränke stammten von derselben Firma wie die Automobile der Klägerin. Dies füge der Klägerin einen Schaden zu, der in der „Beeinträchtigung der Integrität der Bezeichnung und der Verwirrung, die bei der Kundschaft ausgelöst werde“⁷⁵⁴, bestehe.

Später wurde auch die Voraussetzung der Täuschung über die betriebliche Herkunft der Produkte fallengelassen. *Saint-Gal* definiert das „agissement parasitaire“ heute als

« l'acte d'un commerçant ou d'un industriel qui, même sans avoir l'intention de nuire, tire ou s'efforce de tirer profit du renom acquis légitimement par un tiers et sans qu'il y ait normalement de confusion entre les produits et les établissements »⁷⁵⁵.

Schutz gegen solches Verhalten wird gewährt, weil der ausgebeutete Ruf des anderen aus dessen Arbeit, Wissen und Kapital resultiere und einen wirtschaftlichen Wert für diesen darstelle.⁷⁵⁶ Es wird Anstoß daran genommen, dass der Nachahmer von seinem Schmarotzertum profitiert, wie die nachfolgende Definition des „agissement parasitaire“ durch ein Gericht zeigt:

⁷⁵² Saint-Gal RIPIA 1956.19, 37ff.

⁷⁵³ Paris, 08.12.1962, D. 1963.406 („Pontiac“).

⁷⁵⁴ Original : « un préjudice constitué par l'atteinte portée à l'intégrité de la dénomination et par la confusion qui en résulte au regard de la clientèle ». – Dazu näher unten C. V.

⁷⁵⁵ Zitiert nach Cadiet in dessen Anmerkung zur Entscheidung Paris, 18.05.1989 („Ungaro“), D. 1990.342–344.

⁷⁵⁶ Le Tourneau D., 1993, chron. 311; vgl. a. Paris 18.5.1989, D. 1990.340 („Ungaro“).

« L'utilisation intéressée d'une marque ou d'un nom commercial notoire constitue un agissement parasitaire lorsqu'il fait bénéficier l'utilisateur, sans contrepartie, du renom acquis par d'autres grâce à un travail intellectuel, un savoir-faire ou des investissements publicitaires. »⁷⁵⁷

Das „parasitäre“ Verhalten kann auch im Hervorrufen einer Verwechslungsgefahr liegen; in diesem Fall überschneiden sich die „action pour agissement parasitaire“ und die „action en concurrence déloyale“.⁷⁵⁸ Konstellationen, in denen die Annäherung keine Verwechslungsgefahr verursachte, wurden zunächst als neue Fallgruppe der „action en concurrence déloyale“ angesehen, bei der der Haftungsgrund allein in dem „parasitären“ Verhalten des Nachahmers besteht. Später wurde jedoch auch das Erfordernis eines (eng definierten) Wettbewerbsverhältnisses zwischen den Parteien aufgegeben und die „action pour agissement parasitaire“ als selbstständige Fallgruppe im Rahmen des art. 1382 C. C. begriffen. So erklärte der Kassationshof die Übernahme eines Werbeslogans einer nicht gewinnorientiert arbeitenden Organisation durch ein Unternehmen für „parasitär“. Ein Wettbewerbsverhältnis brauche nicht zu bestehen, es genüge, dass das Unternehmen den Werbeslogan offensichtlich mit dem Ziel übernommen habe, zu geringeren Kosten von den Werbekampagnen der nicht gewinnorientiert arbeitenden Organisation zu profitieren.⁷⁵⁹ Auch eine Schädigungs- oder auch nur Bereicherungsabsicht des Nachahmers braucht nicht mehr nachgewiesen zu werden.⁷⁶⁰

Unstrittig ist diese Klassifizierung nicht; die Diskussion in Rechtsprechung und Literatur ist noch nicht abgeschlossen. So wird vertreten, dass jedenfalls manche Formen der „action pour agissement parasitaire“ eine Unterart der „action en concurrence déloyale“ seien, man müsse lediglich das für letztere erforderliche Wettbewerbsverhältnis weniger eng als herkömmlich definieren⁷⁶¹. Umgekehrt

⁷⁵⁷ Versailles, 03.11.1988, D. 1993, somm. 116 (im konkreten Fall verneint; ein Tanzlehrer darf die Schule namentlich erwähnen, in der er selbst ausgebildet worden ist).

⁷⁵⁸ Vgl. Paris, 14.5.1990, RIDA, Oktober 1990, 286, 290 (« Fred »): Das Verhalten des Verletzers « traduit une recherche de confusion dans l'esprit du public sur l'origine des produits et un comportement parasitaire, V. profitant de la notoriété acquise par F. et des efforts publicitaires de cette dernière ».

⁷⁵⁹ Cass. Com, 30.01.1996: D., 1996, inf. rap. p. 63: « Les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'art. 1382 c. civ., même en l'absence de toute situation de concurrence ».

⁷⁶⁰ TGI Nanterre, 10.3.1993, RIDA, Juli 1993, 343, 348 (« comportement parasitaire fautif en lui-même »).

⁷⁶¹ Cadet D. 1990, 342, 343, der besonders darauf hinweist, dass das Unternehmen, dessen Ruf ausgenutzt wird, u. U. daran gehindert werde, seine Aktivitäten auf neue Geschäftsfelder auszuweiten. Die nicht in diese Kategorie passenden Fälle der Ausnutzung fremder Investitionen oder fremden Fertigungswissens will Cadet als ungerechtfertigte Bereicherung ansehen.

wird die Ansicht vertreten, dass in Wahrheit jegliches wettbewerbswidriges Verhalten „parasitär“ sei und sich daher die „concurrency déloyale“ zum Unterfall der „action pour agissement parasitaire“ entwickeln werde.⁷⁶²

Inzwischen sind auch einige Spezialfälle der „agissements parasites“ gesetzlich geregelt. So ist seit 1990 der Gebrauch geografischer Herkunftsbezeichnungen für andere Produkte als diejenigen, für die sie geschützt ist, verboten „lorsque cette utilisation est susceptible de détourner ou d'affaiblir la notoriété de l'appellation d'origine“⁷⁶³. Seit 1991 ist der Gebrauch berühmter oder notorisch bekannter Marken für Waren oder Dienstleistungen, die nicht denen ähnlich sind, für die die Marke eingetragen ist, verboten, wenn dieser Gebrauch « est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette dernière ».⁷⁶⁴ Verboten ist auch vergleichende Werbung « [ayant] pour objet principal de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque ».⁷⁶⁵

Verstöße führen jeweils zur zivilrechtlichen Haftung aus art. 1382 C. c. Da die deliktische Haftung einen Schaden („préjudice“) voraussetzt, wird kontrovers diskutiert, ob dem Nutzen, den der „Parasit“ aus den Anstrengungen des anderen zieht, ein Schaden des anderen entspricht.⁷⁶⁶

3. Verhältnis zur „action en contrefaçon“

Die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche werden häufig neben einer „action en contrefaçon“ geltend gemacht und stehen mit dieser in engem Zusammenhang.⁷⁶⁷ Die Voraussetzungen der wettbewerbsrechtlichen Tatbestände sind jedoch stets selbstständig zu prüfen. Insbesondere hängt der Anspruch wegen „concurrency

⁷⁶² Courtieu, *Juris-Classeur Responsabilité civile*, Fasc. 132–1, n° 27.

⁷⁶³ Art. 641–2 al. 4 Code rural.

⁷⁶⁴ Art. L 713–5 CPI. Er geht wie § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG auf die Anregung in Art. 5 Abs. 2 der Markenrichtlinie 89/104/EWG zurück.

⁷⁶⁵ So die durch Gesetz vom 18.01.1992 eingeführte Vorschrift des art. L. 121–9 C. cons[ommation]. Vgl. Art. 13 (1) a der VO 2081/92/EG.

⁷⁶⁶ Dazu näher C. V.

⁷⁶⁷ Zu prozessualen Fragen vgl. Schmidt-Szalewski RTD com. n° 47, juillet-septembre 1994, 455, 457f.; Pollaud-Dulian, n° 751.

déloyale“ oder „agissement parasitaire“ davon ab, dass eine „faute“ positiv festgestellt wird.⁷⁶⁸ Dafür genügt noch nicht die Feststellung einer Ähnlichkeit der Produkte: Grundsätzlich dürfen gemeinfrei gewordene Produkte kopiert werden; auch die sklavische Nachahmung ist nur einer der vom Gericht zu würdigenden Faktoren, der allein nicht ausreicht, um eine Wettbewerbsrechtsverletzung zu begründen. Eine solche liegt nur vor, wenn zu der Nachahmung noch ein besonderer „acte de déloyauté“ hinzukommt⁷⁶⁹.

Wenn bei einer Verletzung der unter 1. genannten Rechte ein wettbewerbsrechtlicher Haftungstatbestand zusätzlich zu der „action en contrefaçon“ vorliegt, kann dies zu einer Erhöhung des zuzusprechenden Schadensersatzbetrages führen. Dies setzt voraus, dass die Haftung auf eine Tatsache gestützt wird, die sich von der „contrefaçon“ unterscheidet („fait distinct“) und einen gesonderten Schaden hervorruft („préjudice distinct“). Ob dafür der Umstand genügt, dass ein Verletzer eines gewerblichen Schutzrechts den Verletzten unterboten hat, ist unklar.⁷⁷⁰ In manchen Fällen kann das erforderliche zusätzliche tatsächliche Element („fait distinct“) in der Hervorrufung von Verwechslungsgefahr liegen. Dies genügt aber nicht, wenn die Ähnlichkeit der Produkte technisch bedingt ist und nicht auf einem besonderen Bemühen beruht, Verwechslungsgefahr hervorzurufen.⁷⁷¹ In anderen Fällen genügt das Hervorrufen von Verwechslungsgefahr, sofern der Nachweis einer Verwechslungsgefahr nicht bereits zum gesetzlichen Tatbestand der „contrefaçon“ gehört, wie etwa bei mehreren markenrechtlichen Verletzungstatbeständen. Die Abgrenzung ist sehr schwierig.⁷⁷²

⁷⁶⁸ Latreille RIDA, April 1998, 486, 495.

⁷⁶⁹ Dazu näher Pollaud-Dulian n° 1032.

⁷⁷⁰ Bejahend bei Modellverletzung Cass. com. 25.10.1977, Bull. civ. IV, n° 245 (es genüge, dass « le surmoulage avait permis à la société M. d'économiser les recherches ainsi que les mises au point nécessaires et de réduire son prix de revient à un prix inférieur à celui des concurrents ») ; ablehnend bei Teilplagiat eines Wörterbuchs Paris, 21.03.1989: RIDA, Okt. 1989, 333 (« le fait pour H. d'avoir fait des économies de travail et d'avoir produit à frais réduits l'ouvrage contrefait est une conséquence immédiate de la contrefaçon et ne se distingue pas du préjudice qu'elle cause; [...] de même, la contrefaçon ne saurait être détachée de l'offre de l'ouvrage à un prix avantageux »).

⁷⁷¹ Schmidt-Szalewski RTD com. n° 47, juillet–septembre 1994, 455, 459f.

⁷⁷² Paris, 07.07.1994, PIBD 1994, n° 576.III.550 (« dessins et modèles »: « fait distinct » verneint, da « copie servile » bereits Merkmal der « contrefaçon »); Paris, 14.05.1990, RIDA, Okt 1990, 286, 290 („Fred“, Übernahme eines geschützten Modells für andere Arten von Produkten als die vom Verletzten vertriebenen: « Contrefaçon » und « concurrence déloyale » wurden nebeneinander bejaht, da « la constatation d'une contrefaçon [...] ne postule pas que les œuvres doivent se ressembler et encore moins se confondre, la possibilité de confusion constituant une circonstance aggravante de la contrefaçon »). Kaum mit dem Erfordernis eines « fait distinct » vereinbar erscheint die Bejahung der „concurrence déloyale“ im Fall einer Modellverletzung durch Com. 21.04.1992, PIBD 1992, 531. III. 562.

Ein wettbewerbsrechtlicher Tatbestand kann auch vorliegen, wenn eine „contrefaçon“ zwar in Frage käme, aber verneint wird: Die Spezialgesetze über die gewerblichen Schutzrechte sind nicht in dem Sinne abschließend, dass jede Nachahmung oder jede sonstige zu Wettbewerbszwecken vorgenommene Handlung, die nicht ein solches Schutzrecht verletzt, erlaubt wäre.⁷⁷³ Die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände fungieren auch als Auffangtatbestand, wenn der Verletzte für die „action en contrefaçon“ nicht aktivlegitimiert ist oder wenn es um Schutzgüter geht, die nicht durch die „action en contrefaçon“ geschützt sind, wie Zeichen („signes distinctifs“) und Namen, die keine eingetragenen Marken sind, bestimmte Herkunftsbezeichnungen („appellations d’origine“) sowie Fertigungswissen und Betriebsgeheimnisse. Anders als in den Fällen, in denen es darum geht, ob eine unlautere Wettbewerbshandlung zusätzlich zu einer „contrefaçon“ vorliegt, scheint hier unstrittig, dass die Nachahmung schon dann unzulässig ist, wenn die dadurch erzielte Kostenersparnis es dem Nachahmer ermöglicht, den Nachgeahmten preislich zu unterbieten⁷⁷⁴.

II. Persönlichkeitsrechte

Es gibt kein allgemeines Persönlichkeitsrecht; geschützt sind vielmehr einzelne Aspekte der Persönlichkeit.

1. Geschützte Aspekte der Persönlichkeit

Der Persönlichkeitsschutz wurde von der Rechtsprechung im Rahmen der allgemeinen Deliktshaftung aus art. 1382 C. c. und unter Geltung ihrer allgemeinen Voraussetzungen („faute“ und „préjudice“ sowie „lien de causalité“ zwischen beidem) entwickelt. So wurde eine „faute“ in der ungenehmigten Nutzung von

⁷⁷³ Com., 18.01.1982: RIDA, Juli 1982, 150: sklavische Nachahmung eines nicht urheberrechtlich geschützten Werkes (hier: Lexikon) und sein Verkauf zu niedrigerem Preis ist unlauterer Wettbewerb; Com., 14.11.1995: RIPIA 1996, 243, 247. Im Einzelnen zum Verhältnis zwischen „action en contrefaçon“ und der „action en concurrence déloyale/pour agissement parasitaire“ vgl. Schmidt-Szalewski RTD com. n° 47 (3), juillet–septembre 1994, 455, besonders 464ff.

⁷⁷⁴ Paris, 19.12.1995: PIBD 608, III, p. 198.

Persönlichkeitsattributen, besonders des Bildes („droit à l’image“) und der Stimme gesehen. Seit Mitte der 1960-er Jahre stellt die ungenehmigte Wiedergabe der Abbildung einer Person ohne weiteres eine „faute“ im Sinne des art. 1382 C. c. dar.⁷⁷⁵ Der Anspruchsgegner kann sich daher nicht mehr dadurch entlasten, dass er nachweist, dass er nicht wusste und auch nicht wissen konnte, dass eine Zustimmung nicht vorlag.⁷⁷⁶

Auch die Publikation von Informationen, die das Privatleben einer Person betreffen, führt zur Haftung. Diesen Schutz genießen grundsätzlich auch Prominente ohne Einschränkung, soweit nicht über ihre professionellen Aktivitäten berichtet wird, und sogar dann, wenn sie sich in der Öffentlichkeit bewegen.⁷⁷⁷ Dieser Schutz wurde teilweise positiviert, indem durch Gesetz vom 17.07.1970 Art. 9 C. c. eingeführt wurde. Dieser sieht in Satz 1 vor:

« Chacun a droit au respect de sa vie privée. »

Diese Vorschrift schützt insbesondere vor Presseveröffentlichungen, die die Privatsphäre einer Person betreffen. Sie erfasst aber auch z. B. die Aufzeichnung von Gesprächen in der Kantine durch einen Arbeitgeber oder von Gesprächen des Arbeitgebers durch die Angestellten.

Ob das Recht am eigenen Bild („droit à l’image“) ein Teilaspekt des Rechts auf ein ungestörtes Privatleben ist⁷⁷⁸ oder ein eigenständiges Persönlichkeitsrecht darstellt, das lediglich Überschneidungen mit dem Recht auf ein ungestörtes Privatleben aufweist, war lange umstritten. Der Kassationshof hat die Frage im Jahr 2000 im letzteren Sinne entschieden.⁷⁷⁹

Strafrechtlich geschützt ist das „droit à l’intimité“ durch art. 226–1 und 226–2 des Code pénal. Eine Verletzung dieser Vorschriften führt zivilrechtlich zur deliktischen Verantwortlichkeit des Täters.

⁷⁷⁵ TGI de la Seine, JCP 1966.II.14521 (« Brigitte Bardot »); Paris, 14.05.1975: D. 1976, 291 (Catherine Deneuve, Nacktfoto, 10.000 F.), bestätigt durch Civ. 2^{ème}, 17.03.1977: D. 1977, inf. rap. 316; Paris 26.06.1986: D. 1987, somm. 136; Paris, 03.04. und 20.05.1987: D. 1987, somm. 384.

⁷⁷⁶ TGI Paris 11.07.1973: JCP 1974.2.17600; Jourdain, Anm. zu Cass. 1^{re} civ., 5.11.1996: D. 1997, Somm. 289, ebd.

⁷⁷⁷ Paris, 16.06.1986: D. 1987, somm. 136; Civ. 2^{ème}, 08.07.1981: D. 1982, 65 (« Jacques Brel »); Paris, 10.1.1985: D. 1985, Inf. Rap. 322 (« Isabelle Huppert »); Paris, 16. 6.1986: D. 1987, somm. 136.

⁷⁷⁸ So implizit Nîmes 07.01.1988: JCP 1988, II, 21059.

⁷⁷⁹ Cass. 1^{re} civ., 12.12.2000: D. 2001, Jur. 2434.

2. Sanktionen

Das Gericht hat ein weites Ermessen hinsichtlich der Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung der eingetretenen Störung des Persönlichkeitsrechts. Die Wiedergutmachung „in Natur“ hat Vorrang; sie kann nicht mit der Begründung verweigert werden, die zugesprochene Entschädigung in Geld reiche aus, um den erlittenen Schaden auszugleichen⁷⁸⁰. Genügen diese Maßnahmen nicht, z. B. weil die Publikation bereits vermarktet wurde, kann das Gericht dem Verletzten stattdessen oder auch zusätzlich Schadensersatz in Geld zusprechen.⁷⁸¹

Ob die Grundlage für den Schadensersatzanspruch in Geld bei einer Verletzung des „droit au respect de la vie privée“ art. 9 C. c. selbst ist, ist ungewiss. Ursprünglich wurde angenommen, dass der Satz 2 des art. 9, der dem Gericht ein Ermessen hinsichtlich der Maßnahmen zur Störungsbeseitigung einräumt, für den Schadensersatz in Geld auf art. 1382 C. c. verweist, indem er vorsieht, dass die Maßnahmen nach art. 9 „unbeschadet des Ausgleichs des erlittenen Schadens“ erfolgen. Der Kassationshof hat jedoch einen Anspruch auf Ersatz eines Nichtvermögensschadens in Geld in einer Entscheidung aus dem Jahre 1996 direkt aus art. 9 C. c. hergeleitet.⁷⁸² In der Literatur wird allerdings auch danach noch vertreten, dass ein Anspruch auf eine finanzielle Entschädigung sich ausschließlich aus art. 1382 ergebe.⁷⁸³ Der Kassationshof hat jedoch seine Entscheidung später nochmals bekräftigt und sie damit begründet, dass art. 9 C. c. und art. 1382 C. c. unterschiedliche Tatbestände seien:

« [L] atteinte au respect dû à la vie privée et l'atteinte au droit de chacun sur son image constituent des sources de préjudice distinctes, ouvrant droit à des réparations distinctes »⁷⁸⁴.

Demnach beruht nur der Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Rechts am eigenen Bild auf art. 1382 C. c.

Bei einer Verletzung des durch art. 226–1 und 226–2 des Code pénal geschützten „droit à l'intimité“ kann der Täter zu einer Geldstrafe („amende“) verurteilt

⁷⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 17.11.1987, Bull. Civ. I, n° 301.

⁷⁸¹ Paris, 19.06.1987: JCP 1988.II.20957; Cass. 1^{re} civ., 12.12.2000: D. 2001. Jur. 2434.

⁷⁸² Cass. 1^{re} civ., 05.11.1996: D. 1997. Jur. 403.

⁷⁸³ Jourdain, Anm. zu Cass. 1^{re} civ., 05.11.1996: D. 1997. Somm. 289, ebd.

⁷⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 12.12.2000: D. 2001. Jur. 2434.

werden; zugleich kann dem Verletzten oder seinen Erben zivilrechtlich Schadensersatz für die immaterielle Beeinträchtigung zugesprochen werden.⁷⁸⁵

Da bei der deliktischen Haftung stets Ersatz für den materiellen und auch den immateriellen Schaden zu leisten ist und die Gerichte zugesprochene Summen nicht näher aufschlüsseln müssen, ist den Entscheidungen häufig nicht zu entnehmen, welche Art Schaden durch den zugesprochenen Betrag ausgeglichen werden soll. Ursprünglich galt der durch Persönlichkeitsverletzungen eintretende Schaden jedoch stets als Nichtvermögensschaden („dommage moral“). Aber in den 1960-er Jahren machte die Literatur darauf aufmerksam, dass die Zuerkennung einer Geldentschädigung für die Abbildung eines Prominenten jedenfalls dann keinen Ersatz eines Nichtvermögensschadens darstelle, wenn dieser die Nutzung seines Bildes gegen Honorar zu gestatten pflege und das ohne Autorisation veröffentlichte Bild nicht anstößig sei.⁷⁸⁶ Inzwischen hat die Rechtsprechung zumindest für das Recht am eigenen Bild ausdrücklich anerkannt, dass von dem Inhaber auch Schadensersatz für die Verletzung seines materiellen Interesses, an dem kommerziellen Wert seines Bildes beteiligt zu werden, verlangt werden kann.⁷⁸⁷

Diese Berücksichtigung materieller Interessen des Verletzten sowie der Umstand, dass nach der Rechtsprechung die „faute“ bei einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild nicht wie sonst im Rahmen des art. 1382 C. c. im Einzelfall vom Anspruchsteller nachgewiesen werden muss, sondern ohne weiteres vorliegt, wenn ein Foto ohne Zustimmung des Abgebildeten veröffentlicht wurde, haben zu Streit über die Rechtsnatur der Persönlichkeitsrechte und zu weiteren Folgeproblemen geführt. So wird zum Teil angenommen, dass es sich jedenfalls bei dem Recht am eigenen Bild und der eigenen Stimme um ein „droit privatif“ handele⁷⁸⁸, das – zumindest auch – ein Vermögensrecht („droit patrimonial“) sei⁷⁸⁹, oder dass neben den reinen Persönlichkeitsrechten ein oder mehrere selbstständige Persönlichkeits-Vermögensrechte bestünden.⁷⁹⁰ Relevant wurde dies in mehreren Entscheidungen, für die es auf die Frage ankam, ob die Übertragung des Rechts am eigenen Bild

⁷⁸⁵ Paris, 02.07.1997: D. 1997. Jur. 596: Nicht durch ein Informationsbedürfnis der Allgemeinheit gerechtfertigte Veröffentlichung eines heimlich aufgenommenen Fotos von F. Mitterrand auf dem Totenbett; 200.000 F. „amende“, 1 F. Schadensersatz für jeden Hinterbliebenen.

⁷⁸⁶ Lindon in Anm. zu Anmerkung zu TGI Paris, 11.07.1973 („Petula Clark“): JCP 1974.2.17600, ebd.

⁷⁸⁷ Dazu näher unten C. III. 4.

⁷⁸⁸ Lindon in der Anm. zu TGI Paris 11.7.1973: JCP 1974.2.17600, ebd.

⁷⁸⁹ TGI Lyon, 17.12.1980, D. 1981, 202, dazu näher unten C. III. 4.

⁷⁹⁰ Vgl. dazu Gaillard D. 84 chron., 161. Dezidiert gegen die Anerkennung von Persönlichkeits-Vermögensrechten Cornu, Droit civil, Nr. 529 a. E. („dénaturation“; „en Europe aussi, et à la traîne de l’U.S.A., tout devient monnaie...“).

durch Rechtsgeschäft und von Todes wegen möglich ist, sodass bei einer ungenehmigten Wiedergabe eines Bildes den Erben des Abgebildeten ein Anspruch auf Ersatz eines materiellen Schadens zustehen kann. Das Appellationsgericht von Paris lehnte dies zunächst ab.⁷⁹¹ Inzwischen scheint sich jedoch die Gegenansicht durchgesetzt zu haben. So wurde den Hinterbliebenen in einigen Fällen auch Ersatz wegen eines ihnen entstandenen Vermögensschadens zugesprochen.⁷⁹² Das Recht aus art. 9 C. c. erlischt demgegenüber mit dem Tode der jeweiligen Person.⁷⁹³

⁷⁹¹ Paris, 07.06.1983, Gaz. Pal. 1984, 2.528 (« [C]onsidérant que le droit d'une personne sur son image est un attribut de sa personnalité et non un droit patrimonial, qu'après son décès ses héritiers ne peuvent donc céder à un tiers le droit de reproduction de son image ; Considérant que ces héritiers peuvent seulement protéger l'image de leur auteur contre l'utilisation qui en serait faite dans des conditions attentatoires à la mémoire de celui-ci mais qu'une telle utilisation n'est pas en l'espèce établie ne même alléguée, qu'en tout cas ce droit ne peut non plus être cédé à un tiers [...] »).

⁷⁹² Paris, 10.09.1996: D. 1998. somm. 87 r. Sp. (3^e esp.) m. Anm. Bigot, der bemerkt, die unterschiedliche Behandlung des « droit à l'image » und des « droit à la vie privée » sei nicht nachvollziehbar, und für eine bereicherungsrechtliche Lösung eintritt. Sehr deutlich TGI Aix-en-Provence, 24.11.1988, JCP 1989, II, n° 21329: « le droit patrimonial qui permet de monnayer l'exploitation commerciale de l'image n'est pas purement personnel et se transmet aux héritiers ». Diese Entscheidung ist auch insofern bemerkenswert, als die Erbin ausschließlich eine Kränkung des Andenkens des Verstorbenen behauptet und einen „dommage moral“ geltend gemacht hatte. Henderycksen vertritt in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung (ebd.) die Ansicht, es handle sich nicht um ein „droit“, sondern um ein „bien incorporel“, das mit der Person verbunden sei. Die Fähigkeit, dieses zu verwerten, sei vergleichbar mit dem Monopols des Eigentümers einer Sache und verdiene denselben Schutz. Sie werde auf die Erben in der Form eines Nießbrauchs übertragen. « Le prétendu droit à l'image n'est que la légitime revendication des personnes à une notoriété conforme à leur personnalité à raison de l'incidence patrimoniale de cette notoriété sur leur activité ».

⁷⁹³ Cass. 1^{re}, 14.12.1999: D. Jur. 372 (Publikation von Einzelheiten der Krankengeschichte des verstorbenen französischen Staatspräsidenten Mitterrand). – Hinterbliebene können jedoch gegen Indiskretionen vorgehen, die ihre Gefühle verletzen, Versailles, 17.06.1999: D. 2000. Jur. 372.

B. Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess

Jede Partei muss die ihre Forderungen begründenden Tatsachen darlegen (art. 6 NCPC, „charge d’allégation“) und beweisen (art. 9 NCPC, „charge de la preuve“). Der Richter darf seine Entscheidung nicht auf Tatsachen stützen, die nicht Bestandteil des Verfahrens sind (art. 7 Satz 1 NCPC). Die Parteien haben einander die Unterlagen zu übermitteln, auf die sie sich bezogen haben (art. 132ff. NCPC).

Damit haben grundsätzlich die Parteien die Herrschaft über das Verfahren.⁷⁹⁴ Dennoch kommt dem Gericht eine wichtige Rolle bei der Sachverhaltsaufklärung zu.

I. Beweisanordnungen im Hauptverfahren oder „en référé“

Die Parteien und auch Dritte sind verpflichtet, Anordnungen des Gerichts, die der Sachverhaltsaufklärung dienen, zu befolgen. Der 1971 eingeführte Art. 10 C. c. sieht vor:

« Chacun est tenu d’apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu’il en a été légalement requis, peut être contraint d’y satisfaire, au besoin à peine d’astreinte ou d’amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts. »

Art. 10 C. c. wird durch Art. 11 NCPC aufgenommen:

« Les parties sont tenus d’apporter leur concours aux mesures d’instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d’une abstention ou d’un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l’autre partie, lui enjoindre de la produire, au besoin à peine d’astreinte. Il peut, à la requête de l’une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s’il n’existe pas d’empêchement légitime. »

⁷⁹⁴ Vincent/Guinchard, Rn. 606.

Diese, im Zuge der Zivilprozessrechtsreform 1971–73 eingeführten inquisitorischen Elemente bedeuteten die Abkehr von dem Prinzip *nemo tenetur contra se edere*, dessen (ohnehin eingeschränkte) Geltung im Zivilverfahren von Literatur und Praxis bereits vorher für nicht sinnvoll gehalten worden war.⁷⁹⁵

1. « Production forcée des pièces » (art. 11 S. 2, 138–142 NCPC)

Art. 11 Satz 2 NCPC sieht vor, dass das Gericht Beweisanordnungen auf Vorlage von Unterlagen oder anderen Beweismitteln gegen die andere Partei oder einen Dritten – auch Körperschaften öffentlichen Rechts⁷⁹⁶ – erlassen kann. Dies kann nur auf Antrag einer Partei geschehen, nicht von Amts wegen (vgl. art. 11 S. 2, 138 NCPC).⁷⁹⁷ In dem Antrag müssen die Beweismittel hinreichend bestimmt bezeichnet sein. Abgelehnt wurde etwa der Antrag einer Partei auf Anordnung der Vorlage „des pièces techniques et comptables se rapportant à l'exécution des travaux réalisés dans un ensemble mobilier“.⁷⁹⁸ In der Literatur wird dazu angemerkt, dass dies nicht bedeute, dass nicht auch eine Mehrheit von Unterlagen angefordert werden könne.⁷⁹⁹

2. « Mesures d'instruction »

Von Amts wegen kann das Gericht jegliche rechtmäßigen Maßnahmen zur Sachverhaltsermittlung anordnen, wenn es nicht über genügend Informationen verfügt, um den Rechtsstreit zu entscheiden, und diese durch Verhängung eines Zwangsgeldes (« astreinte ») durchsetzen. Art. 10 NCPC sieht vor:

⁷⁹⁵ Vgl. Raynaud RTD civ. 1972, 818: dieses alte Prinzip habe „longtemps embarrassé la jurisprudence“. Zur Reform Bellamy JCP 1973.I.2522, besonders n° 21, 33, 35ff., der die Bedeutung dieses Machtzuwachses des Richters betont („son pouvoir est redoutable“) und meint, es handele sich um eine deutliche Abkehr von der noch aus der Zeit der Revolution ererbten Tendenz, den Richter möglichst zu einem reinen Rechtsanwendungsautomaten zu machen, sowie Blanc JCP 1973, I, 2559, der meint, der Richter habe auch zuvor bereits erhebliche Möglichkeiten zur Sachaufklärung gehabt, die nun lediglich verstärkt würden.

⁷⁹⁶ Civ. 1^{re} 21.07.1987: Gaz. Pal. 1988.1. somm. 148.

⁷⁹⁷ Art. 138 NCPC: « Si, dans le cours d'une instance, une partie entend faire état d'un acte authentique ou sous seing privé auquel elle n'a pas été partie ou d'une pièce détenue par un tiers, elle peut demander au juge saisi de l'affaire d'ordonner la délivrance d'une expédition ou la production de l'acte ou de la pièce. »

⁷⁹⁸ Civ. 2^e, 15.03.1979: RTD civ. 1979, 664 bei Perrot.

⁷⁹⁹ Perrot RTD civ. 1979, 664.

« Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. »

Art. 144 NCPC sieht vor:

« Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. »

Anordnungen können auch gegenüber Dritten ergehen (art. 144 NCPC i. V. m. art. 10 und 143 NCPC).⁸⁰⁰ „Légalement admissibles“ (art. 10 NCPC) sind insbesondere die in art. 179–284 NCPC genannten Maßnahmen: die Einnahme des richterlichen Augenscheins, die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Parteien, die Einholung von Erklärungen Dritter sowie „mesures d'instruction exécutées par un technicien“; dies können „expertise“, „constatations“ und „consultations“ sein. Nicht endgültig geklärt ist offenbar, ob diese Liste abschließend ist und ob das Gericht von Amts wegen ohne Antrag einer Partei (der Voraussetzung der „production forcée“ ist, siehe dazu den vorhergehenden Abschnitt) die Vorlage von Unterlagen anordnen kann.

Besondere Bedeutung hat die Einschaltung eines „technicien“ bei der Sachverhaltsermittlung. Es steht im Ermessen des Richters, andere Personen, die nach der Überzeugung des Richters über die im Einzelfall nötige Qualifikation verfügen, mit der Sachverhaltsaufklärung zu beauftragen. Dabei handelt es sich manchmal um Gerichtsvollzieher, es können jedoch auch sonstige Personen und Sachverständige sein.⁸⁰¹ Der Richter kann Art und Umfang des Auftrags grundsätzlich nach eigenem Ermessen festlegen, darf dem Dritten jedoch nicht ihm selbst vorbehaltene Aufgaben übertragen. Der Auftrag muss in der Regel die Feststellung von Sachverhaltselementen betreffen.⁸⁰² Nicht zulässig ist es z. B., einem „technicien“ aufzutragen, Absichten oder den Vorsatz von Beteiligten festzustellen⁸⁰³ oder den Streit der Parteien zu schlichten (art. 240 NCPC). Der Richter ist an die Feststellungen oder Schlussfolgerungen des Gehilfen nicht gebunden (art. 246

⁸⁰⁰ Art. 143 NCPC: « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible. »

⁸⁰¹ Art. 232 NCPC: « Le juge peut commettre toute personne de son choix pour éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. »

⁸⁰² Art. 238 al. 3: « [Le technicien] ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique. »

⁸⁰³ Com. 02.05.1960: RTD civ. 1961.186 bei Reynaud.

NCPC). *Vincent/Guinchard* weisen darauf hin, dass die Entscheidungen, durch die die Tatrichter darauf hingewiesen werden mussten, dass richterliche Aufgaben nicht delegiert werden dürfen, „ziemlich zahlreich“ seien.⁸⁰⁴

Bei der Schadensermittlung darf der Richter dem „technicien“ nicht auftragen, den Schaden als solches festzustellen,⁸⁰⁵ wohl aber kann er ihm aufgeben, die „éléments matériels constituant les éléments du préjudice“ festzustellen, sofern er sich (auch stillschweigend) deren Würdigung („qualification“) vorbehalten hat.⁸⁰⁶

Der „technicien“ hat einen erheblichen Handlungsspielraum bei der Sachverhalts-ermittlung und kann Teile der Beweisaufnahme übernehmen. art. 242 NCPC sieht vor:

« Le technicien peut recueillir des informations orales ou écrites de toutes personnes, sauf à ce que soient précisés leurs nom, prénoms, demeure et profession ainsi que, s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard de collaboration ou de communauté d'intérêt avec elles. Lorsque le technicien commis ou les parties demandent que ces personnes soient entendus par le juge, celui-ci procède à leur audition s'il l'estime utile. »

Ausdrückliche Beschränkungen des Auftrags durch das Gericht sind jedoch in jedem Fall zu beachten.⁸⁰⁷

Der „technicien“ muss die seinen Feststellungen zu Grunde liegenden Informationen angeben und alle sonstigen Informationen, die ihm bekannt geworden sind, vertraulich behandeln (art. 244 NCPC⁸⁰⁸). In der Praxis treten offenbar mitunter Verstöße hiergegen und gegen art. 16 NCPC auf, der bestimmt, dass das Gericht seine Entscheidung nur auf Umstände stützen darf, zu denen die Partei sich äußern konnte. So hat der Kassationshof eine Entscheidung des Pariser

⁸⁰⁴ Vincent/Guinchard, Rn. 537 mit Fn. 3.

⁸⁰⁵ Civ. 2^e, 19.12.1973: JCP 1974. II. 17790.

⁸⁰⁶ Civ. 1^{re}, 13.01.1982: JCP 1982. IV. 114.

⁸⁰⁷ Civ. 2^e, 06.02.1980: Gaz. Pal. 1980.2.434.

⁸⁰⁸ « Le technicien doit faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner.

Il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission.

Il ne peut faire état que des informations légitimement recueillies. »

Appellationsgerichts aufgehoben, in der dieses angenommen hatte, ein Sachverständiger sei nicht verpflichtet, den Parteien die Informationen mitzuteilen, auf die sich sein Gutachten stützt.⁸⁰⁹

Widersetzt sich eine Partei oder ein Dritter einer Anordnung des „technicien“ zur Vorlage von Unterlagen, hat der Richter zu entscheiden (art. 243 NCPC).⁸¹⁰ Der Richter kann sich dieser Kompetenz nicht entledigen, indem er dem Sachverständigen eine weiter reichende Vollmacht gibt.⁸¹¹

Voraussetzung der Anordnung einer „mesure d’instruction“ ist stets, dass der darlegungs- und beweispflichtigen Partei jede legale Möglichkeit fehlt, die Beweismittel selbst zu erlangen, und ihr nicht ein Versäumnis bei der Erfüllung ihrer Darlegungs- und Beweislast vorzuwerfen ist („carence“, art. 146 Abs. 2 NCPC⁸¹²). So kann eine Witwe nicht Aufklärungsmaßnahmen über den Umfang des Nachlasses ihres Mannes erwirken, indem sie zehn Jahre nach dessen Hinscheiden unter Vorlage einer Testamentskopie behauptet, bei der Nachlassenteilung seien bestimmte Gegenstände nicht berücksichtigt worden.⁸¹³ Die Beurteilung der Frage, ob „carence“ der sie beantragenden Partei vorliegt, unterliegt grundsätzlich dem Ermessen des Tatrichters.⁸¹⁴ Dessen Ausübung kann jedoch vom Kassationshof überprüft werden. So hat er eine Entscheidung, in der das Tatgericht es abgelehnt hatte, die Beklagte zur Vorlage von Unterlagen über den Umfang einer Markenverletzung zu zwingen, aufgehoben und seine eigene Beurteilung hinsichtlich der Frage, ob der Klägerin „carence“ vorzuwerfen sei, an die Stelle der Beurteilung der Tatsacheninstanzen gesetzt.⁸¹⁵

⁸⁰⁹ Civ. 2e, 30.11.1988: Gaz. Pal. 1990. I. somm. 4.

⁸¹⁰ « Le technicien peut demander communication de tous documents aux parties et aux tiers, sauf au juge à l’ordonner en cas de difficulté. »

⁸¹¹ Civ. 2e, 16.07.1979 : JCP 1979 IV 323.

⁸¹² « Une mesure d’instruction ne peut être ordonné sur un fait que si la partie qui l’allègue ne dispose pas d’éléments suffisants pour le prouver.

En aucun cas une mesure d’instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l’administration de la preuve. »

⁸¹³ Civ. 1e, 09.07.1985: Gaz. Pal. 1986.1. somm. 86.

⁸¹⁴ Vgl. Civ. 2e, 10.2.1977, Bull. Civ. II, n° 32 (« simple faculté [du juge] dont l’exercice est laissé à son pouvoir discrétionnaire ») ; Civ. 2e, 17.12.1979 : Bull. civ. II, n° 296: « c’est dans l’exercice de son pouvoir souverain que la Cour d’appel a énoncé que J. ‘ne pouvait appuyer sur aucun élément de fait quelque peu sérieux les affirmations qu’il s’est avisé d’émettre’. »

⁸¹⁵ Cass., 06.07.1984: GRUR Int. 1986, 198, 199 (die Parteien waren die west- und ostdeutschen Nachfolgerinnen der Firma Carl Zeiss).

3. Beweiserhebung und -sicherung außerhalb eines Prozesses (art. 145 NCPC)

Art. 145 NCPC sieht vor:

«S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.»

Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist (danach sind außer den in den vorhergehenden Abschnitten bereits erwähnten Maßnahmen Eilmaßnahmen nach art. 808ff. NCPC möglich). Voraussetzungen einer Beweisanordnung gemäß art. 145 NCPC sind, dass dem Antragsteller ein Anspruch zustehen kann, dass er die Maßnahme beantragt, um Beweismittel zu sammeln oder zu bewahren, und dass von diesen Beweismitteln der Ausgang eines eventuellen Rechtsstreits abhängen kann.⁸¹⁶ Das Verfahren „sur requête“ ist nicht kontradiktorisch (art. 493 NCPC).⁸¹⁷

Im Rahmen des art. 145 NCPC kann auch die Vorlage von Unterlagen und anderen Beweisstücken durch die mögliche Gegenpartei oder einen Dritten angeordnet werden.⁸¹⁸ Dies gewinnt besondere Bedeutung dadurch, dass art. 145 NCPC ausdrücklich vorsieht, dass die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes das Ziel haben kann, die anspruchsbegründenden Tatsachen erst festzustellen. Ausdrückliche Anforderungen an die vom Antragsteller vorzutragenden Anhaltspunkte, aus denen er schließt, dass ihm ein Anspruch gegen den Antragsgegner zustehen könnte, enthält die Vorschrift nicht.⁸¹⁹ Zudem gilt die Voraussetzung fehlender „carence“ der Partei vor Einleitung des Verfahrens nicht.⁸²⁰

⁸¹⁶ Fourgoux in Anm. zu Paris, 18.06.1980, Gaz. Pal. 1980.2.770; kritisch Jeantin D. 1980 chron. 203, 208f., der es für mit der Konzeption des art. 145 NCPC („avant tout procès“) für unvereinbar hält, von dem Antragsteller konkrete Darlegungen bezüglich seines möglichen Anspruchs zu erwarten.

⁸¹⁷ Offenbar ergeben sich aber praktische Schwierigkeiten bei der Überleitung des Verfahrens in ein kontradiktorisches, wenn etwa die Entscheidung zur Beauftragung eines „constatant“ ohne Anhörung des Gegners erfolgt ist, Jeantin D. 1980 chron. 203, 209.

⁸¹⁸ Normand RTD civ. 1986, 798.

⁸¹⁹ Vgl. auch Paris, 18.06.1980: Gaz. Pal. 1980.2.770: «l'objet de ces mesures pouvant être aussi bien l'établissement de la preuve des faits litigieux que sa conservation».

⁸²⁰ Ch. Mixte, 07.05.1982, D. 1982, 541; zur Voraussetzung fehlender „carence“ s. o. 2.

In einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren ordnete das Pariser Appellationsgericht 1980 die detaillierte Überprüfung von Werbeaussagen einer Honigfabrikantin über ihre „ultramodernen Produktionsanlagen“ und deren Kapazität und Eigenschaften durch einen „technicien“ an, weil eine Konkurrentin deren Wahrheit bezweifelte.⁸²¹ Immerhin musste sich die Antragstellerin, die zunächst eine noch umfassendere Ermittlungstätigkeit des „technicien“ verlangt hatte, damit abfinden, dass er auf dem Betriebsgelände der Beklagten nur die in der Entscheidung bezeichneten Anlagen besichtigen und keine darüber hinausgehenden Untersuchungen vornehmen durfte. Dennoch blieb das Ausmaß der angeordneten Untersuchung trotz des Widerspruchs der Antragsgegnerin, die die Maßnahme als Industriespionage bezeichnete, erheblich.⁸²² *Fourgoux* stellte in seiner Anmerkung zu der Entscheidung fest, die Anordnung einer Maßnahme gemäß art. 145 NCPC hänge letztlich allein vom Temperament des angerufenen Richters und davon ab, ob dieser eher liberal oder eher interventionistisch eingestellt sei. Allerdings sei doch wünschenswert, dass die Gerichte in dem sensiblen Bereich des Wettbewerbsrechts ein wenig Zurückhaltung üben.⁸²³

Während *Fourgoux* in der erwähnten Anmerkung noch betonte, dass grundsätzlich allein die Behauptung des Antragstellers ausreiche, dass eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliege, wird mittlerweile aus der in art. 145 NCPC aufgeführten Voraussetzung eines „motif légitime“ des Antragstellers hergeleitet, dass zumindest irgendwelche Anhaltspunkte dafür vorhanden sein müssen, dass dem Antragsteller tatsächlich ein Schaden zugefügt wurde. So hat der Kassationshof 1984 ausgeführt:

«N'a fait qu'exercer son pouvoir souverain d'apprécier l'absence de motif légitime de nature à justifier une expertise la Cour d'appel qui a refusé d'ordonner en référé une telle mesure tendant à conserver ou à établir la preuve

⁸²¹ Paris, 18.06.1980, Gaz. Pal. 1980.1.770.

⁸²² Der Ermittlungsgehilfe wurde beauftragt „1) de constater avec l'accord des représentants du groupe B., le nombre de chaînes de conditionnement du miel actuellement en fonctionnement, la date de leur installation et leur capacité de production, et de décrire ce matériel; de noter s'il existe d'autres chaînes en commande; 2) de constater, dans les mêmes conditions, la présence de l'installation de pasteurisation et celle permettant d'obtenir un miel crémeux du type Canada; de décrire ces installations; 3) de consigner les dires et explications des représentants du groupe B. relatifs à la qualification 'd'ultra modernes' des chaînes actuelles de conditionnement et à la construction du complexe de 4000 m2 le plus moderne et le plus efficace de la profession, permettant la livraison de la marchandise dans les conditions optimales de qualité de coût; 4) de recevoir tous documents justificatifs de ces affirmations qui lui seraient spontanément remis par les représentants du groupe B., sans qu'il puisse exiger la production d'aucune pièce, ou se livrer, dans les locaux des sociétés intimées, à des recherches et à des investigations, sans l'accord de ces représentants. »

⁸²³ *Fourgoux* in Anm. zu Paris, 18.06.1980, Gaz. Pal. 1980.2.770.

qu'un groupe de sociétés avait, en violation d'accords de non-concurrence, conçu et préparé une boisson avant la date fixée dans ces accords, en relevant que l'expertise sollicitée mettrait inmanquablement le demandeur en possession des secrets de fabrication de la partie adverse et que rien ne laissait supposer que lesdits accords n'avaient pas été respectés jusqu'à la date de leur expiration ».⁸²⁴

Wie sich aus der erwähnten Entscheidung des Kassationshofs ergibt, weist er die Entscheidung dem „pouvoir souverain“ des Richters zu. Daraus wie auch aus Anmerkungen der Literatur wird deutlich, dass großes Vertrauen in die Fähigkeit der Tatrichter gesetzt wird, im Einzelfall abzuwägen, ob einem Informationsbegehren stattgegeben werden sollte oder nicht.⁸²⁵ Weiter zeigt die Entscheidung, dass mit der Intensität des Eingriffs in die Sphäre des Antragsgegners doch die Anforderungen an den Sachvortrag des Antragstellers steigen.

4. Abwägung von Informations- und Geheimhaltungsinteressen

a) Parteien

Eine Partei kann sich einer Beweisanordnung grundsätzlich nicht mit dem Hinweis auf die Wahrung von Betriebsgeheimnissen widersetzen. Dies beruht auf der Abkehr von dem Grundsatz *nemo tenetur contra se edere*, der im Zivilverfahren durch den Gedanken ersetzt worden ist, dass eine Partei kein legitimes Interesse daran haben kann, ein Beweismittel zurückzuhalten.⁸²⁶

Schützenswert ist demnach allenfalls das Interesse einer Partei, nur die für die Entscheidung des Rechtsstreits notwendigen Informationen zu offenbaren. Dieses kann der Richter berücksichtigen, indem er die Anfertigung von Auszügen oder Kopien anordnet (art. 139 Satz 2 NCPC⁸²⁷).

⁸²⁴ Civ. 2e, 14.03.1984: JCP 1984 IV 161. Zust. Normand RTD civ. 1983, 783f.; Perrot RTD civ. 1984, 561, 562 (“keine „chasse au trésor“). Streng auch Civ. 2e, 10.02.1977, Bull. civ. II, n° 32; Com. 06.07. 1977: Bull. Civ. IV, n° 195.

⁸²⁵ Vgl. Perrot RTD civ. 1979, 664: „la limite échappe à toute définition abstraite“.

⁸²⁶ Leborgne RTD civ. 1996, 535ff. spricht von prozessualen Treuepflichten.

⁸²⁷ « Le juge, s'il estime cette demande fondée, ordonne la délivrance ou la production de l'acte ou de la pièce, en original, en copie ou en extrait selon le cas, dans les conditions et sous les garanties qu'il fixe, au besoin à peine d'astreinte. »

Einer „expertise préventive“ bei Klagen wegen „concurrency déloyale“ kann die Rücksicht auf Geschäftsgeheimnisse des Antragsgegners entgegenstehen. So bestätigte der Kassationshof die Zurückweisung eines Gesuchs auf Feststellung von „tous faits susceptibles de caractériser des actes de concurrence déloyale“ durch ein von ehemaligen Angestellten der Antragstellerin gegründetes Konkurrenzunternehmen. Zur Begründung wurde angeführt, dass der bei der Antragstellerin eingetretene Umsatzrückgang schon begonnen hatte, bevor das Konkurrenzunternehmen seine Tätigkeit aufgenommen hatte, und dass das verlangte Sachverständigengutachten die Geschäftsgeheimnisse der Antragsgegnerin beeinträchtigen würde.⁸²⁸ Die Antragstellerin drang mit ihrem Argument, dass sie sich durch das Gutachten die Beweise für die von ihr vermuteten unlauteren Wettbewerbshandlungen gerade zu verschaffen gedachte, nicht durch. Die Entscheidung ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Gefahr der Verletzung von Betriebsgeheimnissen dazu führt, dass der Sachvortrag des Antragstellers kritischer gewürdigt wird.⁸²⁹ Spricht allerdings alles dafür, dass eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliegt, kommt dem Interesse des Antragsgegners an der Geheimhaltung betrieblicher Interna offenbar kaum noch Gewicht zu. So hat der Kassationshof 1999 eine weitreichende Beweisanordnung im einstweiligen Verfügungsverfahren für rechtmäßig gehalten. Der Antragsteller, ein konzessionierter Fordhändler, hatte erfolgreich eine Beweiserhebung im Wege der einstweiligen Verfügung mit der Begründung beantragt, der Gegner suggeriere den Kunden durch den Ausdruck „occasions neuves“ in der Werbung fälschlich, er verkaufe Neuwagen. Das Gericht ordnete die Feststellung der Namen der Lieferanten, der Länder, aus denen die Kraftfahrzeuge stammten und der Einkaufspreise sowie die Beschlagnahme aller Unterlagen, die sich auf Ford-Fahrzeuge bezogen, und eines Registers, in dem die Käufe und Verkäufe mit Einkaufs- und Verkaufspreisen festgehalten waren, durch einen Gerichtsvollzieher an. Der Antragsgegner machte vergeblich geltend, art. 145 NCPC sei verletzt, da der Rechtsstreit sich lediglich um die Frage drehe, ob die Werbung mit dem fraglichen Ausdruck zulässig sei und unstrittig sei, dass die Wagen schon einige Kilometer gefahren und bereits angemeldet seien; die Erhebung der genannten Detailinformationen sei daher nicht erforderlich und verletze seine Geschäftsgeheimnisse. Der Kassationshof erklärte:

⁸²⁸ Com., 05.01.1988, D. 1989, p. 354; vgl. auch die bereits in dem unmittelbar vorhergehenden Abschnitt 3. zitierte Entscheidung des Kassationshofs vom 14.03.1984.

⁸²⁹ So auch Virassamy in Anm. zu Cass. Com.v. 05.01.1988, D. 1989, p. 354.

« [L]e secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées »⁸³⁰.

Die Annahmen des Berufungsgerichts, wonach der Antragsteller das Recht habe, Beweise auch hinsichtlich der zugestandenenen Tatsachen sichern zu lassen, und die erlassene Beweisanordnung notwendig sei, um Informationen darüber und zur Bezifferung seines möglichen Schadens zu erlangen, hielten sich im Rahmen seines Entscheidungsspielraums („appréciation souveraine“) und seien nicht zu beanstanden.

b) Dritte

Dritte können sich dagegen grundsätzlich darauf berufen, dass der Beweisanordnung ein rechtliches Hindernis entgegenstehe, weil sie ihr Recht oder ihre Pflicht verletze, die Beweismittel vertraulich zu behandeln (art. 11 Satz 2 und 141 NCPC). Diese können auf einer Verpflichtung gegenüber der Partei beruhen (Berufsgeheimnis)⁸³¹ oder auf der Gefahr, dass die Herausgabe dem Dritten einen Schaden zufügen könnte. Grundsätzlich überwiegt jedoch auch gegenüber Dritten ggf. das Interesse an der Ermittlung der Wahrheit und der Rechte und Freiheiten anderer.⁸³² Diese scheinbar widersprüchlichen Regeln dürften so zu verstehen sein, dass dann, wenn legitime Geheimhaltungsinteressen berührt sind, strenger geprüft wird, ob die Vorlage für die Wahrheitsfindung unbedingt erforderlich ist.

⁸³⁰ Cass. civ 2 v. 07.01.1999, n°95–21934, Bull. Civ. II n°4 p. 3.

⁸³¹ Cass. civ. 2e, 29.03.1989: JCP II 21586 (Kirche); Cass., 21.06.1988, D. 1988 inf. rap. 198 Ärzteorganisation, Unterlagen aus Disziplinarverfahren)

⁸³² Cass. 21.07.1987, Gaz. Pal. 1988.1.148: Eine Telefongesellschaft muss die Daten eines Kunden herausgeben, auch wenn dieser darum gebeten hat, nicht in ein öffentliches Verzeichnis aufgenommen zu werden, und kann sich weder auf ein Geschäftsgeheimnis noch auf die Wahrung der Privatsphäre ihres Kunden berufen.

II. Die „saisie-contrefaçon“ bei Urheber- und Schutzrechtsverletzungen

1. Überblick

Der Erlangung und Sicherung von Beweisen für Verletzungen gewerblicher Schutzrechte und des Urheberrechts dient ein spezielles Verfahren, die „saisie-contrefaçon“. Sie wird stets ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners angeordnet.

Im Patentrecht dient die „saisie-contrefaçon“ dem Zweck, eine Beschreibung der patentverletzenden Produkte und der Mittel zu ihrer Herstellung sowie Warenproben und Unterlagen, die Beweis Zwecken dienen können, zu erlangen.⁸³³ Die „saisie réelle“, d. h. eine Beschlagnahme sämtlicher rechtsverletzender Gegenstände, ist grundsätzlich nicht zulässig⁸³⁴ und wird nur angeordnet, wenn dies zu Beweis Zwecken unerlässlich ist.⁸³⁵ Zuständig für die Anordnung ist der Präsident des *Tribunal de grande instance*. Durchgeführt wird die Maßnahme von einem Gerichtsvollzieher, einem Sachverständigen und dem Antragsteller. Der Sachverständige kann von dem Antragsteller ausgewählt werden (art. L. 615–5 CPI), muss aber wegen des Gebots der Gewährleistung eines fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) unabhängig sein.⁸³⁶

Ähnliche Regeln bestehen für das Sortenschutzrecht (art. L 623–27 CPI), das Urheberrecht (art. L 132–2 CPI), „dessins et modèles“ (art. L 521–1 CPI und/oder art. L 132–2 CPI) und Marken (art. L 716–7 CPI). Im Markenrecht und im Urheberrecht besteht die Besonderheit, dass die Maßnahme nicht nur Beweis Zwecken dient, sondern auch die Beschlagnahme aller angeblich rechtsverletzenden Exemplare (« saisie réelle ») zulässig ist. Im Urheberrecht kann darüber hinaus auch der Nettogewinn beschlagnahmt werden.⁸³⁷

Alternativ kann der Antragsteller die gleichen Maßnahmen wie bei der „saisie-contrefaçon“ in einem kontradiktorischen Verfahren im Wege der einstweiligen Verfügung beantragen („référé d’heure à heure“, art. 808f. NCPC); in diesem Fall ist das Verfahren jedoch kontradiktorisch.⁸³⁸

⁸³³ Pollaud-Dulian, n° 697.

⁸³⁴ Cass. Com., 4.1.1985, Bull. Civ. IV, n° 9, PIBD, 1985, n° 373.III.214; Annales, 1985, p. 237, obs. Mathély ; Paris, 17.5.1995, PIBD, 1995, n° 592.III.343.

⁸³⁵ Pollaud-Dulian, n° 698.

⁸³⁶ Cass. civ. 1re, 06.07.2000: D. 2001, 370.

⁸³⁷ Paris, 26.11.1966: Gaz. Pal. 1967.1.175.

⁸³⁸ Gautier, n° 448.

Eine „saisie abusive“ führt zu Schadensersatzansprüchen gegen den Antragsteller.⁸³⁹

2. Schutz von Betriebsgeheimnissen des Antragsgegners

Grundsätzlich hat der Antragsteller Anspruch auf Zugang zu sämtlichen Unterlagen, die dem Beweis der Verletzung dienen können; der Antragsgegner kann ihm nicht den Zugang zu von ihm als vertraulich bezeichneten Unterlagen verwehren.⁸⁴⁰ Ein schutzwürdiges Interesse des Antragsgegners an der Geheimhaltung von Unterlagen wurde erst nach der Unterzeichnung einer Resolution der AIPPI auf dem Kongress von London 1986 anerkannt, die vorsah, dass das Gericht die Möglichkeit haben muss anzuordnen, dass vertrauliche Unterlagen nur einem Sachverständigen oder den – auch gegenüber ihren Mandanten zur Verschwiegenheit verpflichteten – Beratern der Parteien vorzulegen sind.⁸⁴¹ In der Folgezeit wurde zunächst die Aufgabe, solche vertraulichen Unterlagen, die dem Nachweis der Verletzung dienen, von denjenigen zu sondern, die hierfür keine Bedeutung haben, einem Sachverständigen übertragen.⁸⁴² Zwei Entscheidungen des Tribunal de grande instance von Paris von 1996 nahmen dagegen auch solche vertraulichen Dokumente von der Offenlegungsverpflichtung aus, die die Verletzung hätten beweisen können.⁸⁴³ Auch das Verlangen des Antragstellers, seinen Prozessbevollmächtigten zu dem Filterungsprozess zuzulassen, lehnte das Gericht ab: So könne die Vertraulichkeit gegenüber dem Antragsteller nicht gewährleistet werden, da der Anwalt seinem Mandanten gegenüber verpflichtet sei, ihm umfassend über den Fortgang des Verfahrens zu berichten, und daher davon auszugehen sei, dass er ihm auch den Inhalt solcher Unterlagen mitteilen werde, die als vertraulich klassifiziert worden seien.⁸⁴⁴ In einer weiteren, kurz darauf ergangenen Entscheidung desselben Gerichts entwickelte es dagegen eine differenzierte Lösung: Den Anwälten und Beratern der Parteien wurde die Teilnahme an dem Aussonderungsverfahren gestattet, zugleich wurde ihnen eine Ver-

⁸³⁹ Toulouse, 05.04.2000: PIBD 2000.III.404.

⁸⁴⁰ TGI Paris (réf.), 22.12.1989, Annales, 1990, 62.

⁸⁴¹ So die redaktionelle Anmerkung zu TGI Lyon (réf.) 24.11.1988: PIBD 1988, III, p. 106, S. 107.

⁸⁴² TGI Paris (réf.), 22.12.1989: Annales, 1990, 62. TGI Lyon (réf.) 24.11.1988: PIBD 1988, III, p. 106.

⁸⁴³ TGI Paris, 06.12.1996, RDPI 1998, n° 83, p. 19, 24, und 02.10.1997, aaO S. 25, dagegen Véron aaO, S. 11.

⁸⁴⁴ TGI Paris, 02.10.1997, RDPI 1998, n° 83, p. 25, 26.

schwiegenheitspflicht auferlegt.⁸⁴⁵ Soweit vertrauliche Dokumente zum Nachweis der Verletzung erforderlich waren, sollten diese auch im weiteren Verlauf nur den Beratern der Parteien zugänglich sein. Letzteres kritisiert *Véron* in seiner Anmerkung zu der Entscheidung als Übernahme US-amerikanischer Verfahrensregeln (vgl. Rule 26 c Rules of Civil Procedure), die unvereinbar mit dem in Frankreich geltenden Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens sei.⁸⁴⁶

⁸⁴⁵ TGI Paris, 27.11.1997, RDPI 1998, n° 83, p. 26, 27f.. Ebenso TGI Lyon (réf), 11.05.1998: PIBD 1998, III, p. 477.

⁸⁴⁶ Véron RDPI 1998, n° 83, p. 11 17.

C. Schadenshaftung bei der Verletzung „geistigen Eigentums“

Es folgen zunächst ein Abriss des materiellen Schadensersatzrechts sowie Ausführungen zu dessen grundsätzlicher Anwendbarkeit auf die hier untersuchten Verletzungsfälle, bevor auf Einzelheiten der Schadensberechnung in den untersuchten Rechtsgebieten eingegangen wird.

I. Materielle rechtliche Rahmenbedingungen

1. Ausgleichsprinzip

Der Anspruch aus art. 1382 ff. C. c. ist darauf gerichtet, das Opfer wieder in den Zustand zu versetzen, in dem es sich befunden hätte, wenn die schädigende Handlung nicht stattgefunden hätte.⁸⁴⁷ Den zu ersetzenden Schaden definiert art. 1149 C. c. wie folgt:

« Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »

Somit ist insbesondere auch der entgangene Gewinn (« gain manqué ») zu ersetzen. Zu ersetzen ist auch der immaterielle Schaden (« dommage moral »).

2. « Dommage direct, actuel et certain »; Theorie der « perte d'une chance »

Der Schaden muss « direct, actuel et certain » sein.⁸⁴⁸ Diese Voraussetzungen können auch vorliegen, wenn der Schaden erst in Zukunft eintreten wird, sofern er dem Tatrichter als sichere Folge einer bereits gegebenen Sachlage und daher als einer Schätzung zugänglich erscheint.⁸⁴⁹

⁸⁴⁷ Cass. civ. 2eme, 01.04.1963: D. 1963, 453.

⁸⁴⁸ Cass. civ. 24.11.1942: Gaz. Pal. 1943.I.50.

⁸⁴⁹ Cass. civ. 2e, 15.12.1971: D. 1972, somm. 96.

Relativiert wird die Voraussetzung, dass der Schaden „sicher“ sein muss, durch die Rechtsprechung über den Verlust einer Chance („perte d’une chance“) als Schaden. Danach erhält der Kläger mitunter auch dann Ersatz, wenn ungewiss ist, ob sich eine Chance auf einen Vermögenszuwachs realisiert hätte. Notwendig, aber auch ausreichend für den Nachweis eines Anspruchs ist der Nachweis einer ernsthaften Chance („chance sérieuse“).⁸⁵⁰ Der Kassationshof begründet dies folgendermaßen:

«[L]’élément de préjudice constitué par la perte d’une chance présente un caractère direct et certain chaque fois qu’est constatée la disparition (...) de la probabilité d’un événement favorable encore que, par définition, la réalisation d’une chance ne soit jamais certaine».⁸⁵¹

Diese Aussage erscheint zunächst paradox. Die Theorie der „perte d’une chance“ soll jedoch dem Erfordernis des „dommage certain“ deshalb nicht widersprechen, weil der Schaden insofern „sicher“ sei, als gewiss sei, dass die Chance zunichte gemacht worden sei; diese selbst stelle den Schaden dar und sei zu ersetzen.⁸⁵² Allerdings sei sie mit einem Unsicherheitsfaktor behaftet („grevée d’un aléa“), der sich auf die Höhe der Entschädigung auswirken müsse. Daher sei ein Abschlag von dem vollen Betrag des möglichen Schadens vorzunehmen: Je wahrscheinlicher der Erfolgseintritt, desto höher der zugesprochene Betrag.⁸⁵³

Die Anwendung des Konzepts ist grundsätzlich nicht auf bestimmte Fallgruppen beschränkt.⁸⁵⁴ In der Praxis haben sich jedoch einige Fallgruppen etabliert, in denen es besonders häufig angewandt wird. Dabei handelt es sich zum einen um zum Entscheidungszeitpunkt schwer einzuschätzende, mögliche zukünftige Erwerbs- oder Unterhaltsschäden in Folge von Personenschäden.⁸⁵⁵ Weitere Anwendungsfälle sind Arzt- und Anwaltshaftungsfälle, in denen Zweifel darüber be-

⁸⁵⁰ Gegensatz: «purement éventuel»; Cass. civ., 19.3.1947: D. 1947, 313: durch Unfall bewirkte Einschränkung zukünftiger Erwerbsaussichten bei neunjährigem Kind zu ungewiss.

⁸⁵¹ Cass. Crim., 06.06.1990 RTD civ., 1991, p. 121 bei Jourdain.

⁸⁵² Lalou, DP 1920.2.138 («La vérité est que, dans toutes ces hypothèses, il y a eu privation d’une chance: chance de gagner une course, de faire infirmer un jugement ou de devenir adjudataire; et cette privation est un dommage actuel. De même, l’auteur d’un accident mortel prive actuellement les ascendants de la victime de la chance d’obtenir dans un avenir plus ou moins proche des aliments de la part de la victime»); Chartier, Ch. 1 Sect. 1 § 3 B 1, S. 13f.

⁸⁵³ Chartier, Ch. 1 Sect. 1 § 3 B. 1., S. 13f. Näher zum Begriff des „aléa“ Groberichter, § 7 II. 5. a), S. 125.

⁸⁵⁴ Chartier, Ch. 1 Sect. 1 § 3 B. 2., S. 15.

⁸⁵⁵ Paris, 10.03.1920: DP 1920.2.137 (3e esp.) (abgelehnt jedoch durch Tribunal de Meaux, 29.01.1920, ebd); Civ. 2me, 14.10.1992: RTD civ. 1993, 148 bei Jourdain; als zu unsicher abgelehnt bei im Kindesalter Verletzten: Cass. civ. 2eme, 09.11.1983: JCP 85, II, 20360, 1re esp.

stehen, ob ein Schaden durch eine (als solche feststehende) Pflichtverletzung verursacht wurde. So wurde ein Anwalt zu Schadensersatz verurteilt, der seinem auf Feststellung der Vaterschaft verklagten Mandanten zwar mitgeteilt hatte, dass es für ihn günstig wäre, Mehrverkehr der Mutter nachzuweisen, dann aber nichts mehr unternommen hatte, bis das gegen den Mandanten ergangene Urteil unanfechtbar geworden war. Er machte vergeblich geltend, der Schaden sei rein hypothetisch; der Kassationshof entschied, dass bereits die Unmöglichkeit, die Entscheidung dem Grunde nach überprüfen zu lassen, den Verlust einer Chance und diese wiederum einen Schaden darstelle.⁸⁵⁶ In zwei arzthaftungsrechtlichen Entscheidungen aus dem Jahr 1969 waren den behandelnden Ärzten jeweils Fehler unterlaufen; es ließ sich jedoch nicht mit Sicherheit feststellen, dass die Patienten ohne den Fehler überlebt hätten. Den Hinterbliebenen wurde jeweils ein Teilbetrag des geltend gemachten Schadens zugesprochen, da es genüge, dass den Patienten eine Überlebenschance genommen worden sei:

« Un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue. »⁸⁵⁷

Im Arzthaftungsrecht scheint die Anwendung des Konzepts heute auf Fälle begrenzt zu sein, in denen zumindest feststeht, dass der ärztliche Fehler den Zustand des Patienten verschlechtert hat.⁸⁵⁸

Auch Wettrennen sowie Teilnehmern an Wettbewerben oder Ausschreibungen wird bei Manipulationen des Ausgangs mitunter ein Ausgleich für den Verlust der Gewinnchance zugesprochen. So hatte das Tribunal civil de la Seine 1954 über die Klage eines Schriftstellers zu entscheiden, dem ein Verlag schriftlich angeboten hatte, seine Kandidatur für einen Literaturpreis zu unterstützen.⁸⁵⁹ Der Autor reichte ein Manuskript ein, und dieses gelangte zusammen mit sechs weiteren Manuskripten in die Endausscheidung. In diesem Stadium teilte der Verlag dem Autor mit, dass er nicht in der Lage sei, die nach den Regeln des Wettbewerbs für die weitere Teilnahme erforderlichen 1000 Exemplare des Buches zu drucken. Der Verlag wurde

⁸⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 16.03.1965: D. 1965, 425.

⁸⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 18.03.1969 und 27.1.1970: JCP 1970.II.16422. Ähnlich, jedoch mit der Feststellung, es hätten "présomptions suffisamment graves, précises et concordantes" für die Kausalität der Pflichtverletzung gesprochen, bereits Cass. civ. 1^{re}, 14.12.1965 und Paris, 10.03.1966: JCP 66, II, 14753 m. abl. Anm. Savatier.

⁸⁵⁸ So Penneau in seiner Anmerkung zu Cass. civ. 1^{re} 08.01. und 27.03.1985 : D. 1986, 390 (« il faut que cette faute ait placé le patient en état de moindre résistance ou en situation d'affronter dans des conditions plus délicates le risque auquel il était confronté »).

⁸⁵⁹ Trib. de la Seine, 16.12.1953, Gaz. Pal. 1954.1.80.

verurteilt, den Autor für den Verlust seiner Chance, den Wettbewerb zu gewinnen und seine Bekanntheit zu steigern, zu entschädigen. Es liege eine „faute“ darin, dass er dem Autor seine Unterstützung wieder entzogen habe, nachdem er ihm diese zuvor ausdrücklich zugesagt und das Manuskript die Endauscheidung erreicht hatte. In den Ausführungen des „substitut“ wird dies mit Rechtsmissbrauch gleichgesetzt, weil der Verlag sich auf eine grundsätzlich geltende Optionsklausel im Vertrag berief, die es ihm freistellte, ihm angebotene Manuskripte abzulehnen. Die Entscheidungsgründe selbst deuten jedoch darauf hin, dass das Gericht die allgemeinen Regeln des Verlagsvertrags im konkreten Fall durch die Vereinbarung über die Unterstützung der Wettbewerbsteilnahme des Klägers für abbedungen hielt.

Das Konzept vom „Verlust einer Chance als Schaden“ führt zu zwei Abgrenzungsproblemen.⁸⁶⁰ Zum einen stellt sich die Frage, wann eine Chance hinreichend reell ist, damit bei ihrem Verlust die Entschädigungspflicht eingreift. Zum anderen stellt der entgangene Gewinn, den art. 1149 C. c. ausdrücklich erwähnt, grundsätzlich einen ungewissen Vermögensvorteil dar, sodass sich die Frage stellt, in welchem Verhältnis der „normale“ entgangene Gewinn zu ersatzfähigen Chancen stehen soll. Dies ist insofern bedeutsam, als entgangener Gewinn zur Gänze zuzusprechen ist, während bei Anwendung der Theorie der „perte d’une chance“ nur ein Bruchteil des fraglichen Betrags gewährt wird.

Großerichter ist bei seiner Analyse der einschlägigen Entscheidungen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Rechtsprechung die Annahme einer „chance sérieuse“ nicht von der Feststellung eines bestimmten Mindest-Wahrscheinlichkeitsgrads abhängig mache, sondern von dem Vorliegen greifbarer Anhaltspunkte dafür, dass die Chance sich „deutlich abzeichnete“ – und zwar im konkreten Fall; eine lediglich statistische Wahrscheinlichkeit genügt nicht.⁸⁶¹ Eine Ausnahmestellung nehmen die Fälle ein, in denen es um Wettbewerbe oder Ausschreibungen ging, die nicht regelgerecht durchgeführt wurden oder bei denen jemand an der Teilnahme gehindert wurde. Hier sind die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit des Gewinns besonders niedrig, mitunter ist sie auch gar nicht entscheidend. So wurde eine Entscheidung, durch die die Klagen mehrerer Teilnehmer an einem

⁸⁶⁰ *Großerichter*, § 7 II, S. 98.

⁸⁶¹ *Großerichter*, § 7 II. 1. b), S. 104; § 7 II. 3. c), S. 117; § 7 II. 5. b), S. 126ff.

Architektenwettbewerb wegen Unregelmäßigkeiten abgewiesen worden war, vom Kassationshof mit folgender Begründung aufgehoben:

« [L]’organisateur du concours avait l’obligation de respecter les conditions et de les faire respecter par le jury. »⁸⁶²

Das Appellationsgericht von Grenoble erkannte daraufhin jedem Kläger 3000 F. zu.⁸⁶³ In dem Wettbewerb war der erste Preis die Durchführung des Projekts; außerdem waren 4 Geldprämien über Beträge zwischen 2000 und 750 F. ausgelobt.

Inhaltliche Kriterien, nach denen bestimmt wird, wann nur für den Verlust einer Chance – mit einem Abschlag – entschädigt wird und wann der gesamte Betrag als entgangener Gewinn zugesprochen wird, sind der Rechtsprechung *Großerichter* zufolge nicht zu entnehmen.⁸⁶⁴ Er zieht daraus den Schluss, dass diese Frage (anders als die Definition der „chance sérieuse“, d. h. der Grenze, ab der überhaupt Ersatz zugesprochen wird) dem „pouvoir souverain“ der Tatrichter überlassen sei.⁸⁶⁵ Er gelangt sogar zu dem Befund, dass die meisten Anwendungsfälle der „perte d’une chance“ Fälle betrafen, in denen die Verwirklichung der verlorenen Chance „jedenfalls wesentlich wahrscheinlicher“ war als ihr Ausfall. Die Theorie der „perte d’une chance“ führe daher zumindest im Bereich der Erwerbssaussichten (mit Ausnahme der Wettbewerbsfälle) und Anwaltshaftungsfälle vielfach gar nicht zur Erweiterung der Ersatzpflicht, sondern dazu, dass ein Risikoabschlag auch auf solche Positionen vorgenommen werde, die dem Geschädigten sehr wahrscheinlich zugute gekommen wären.⁸⁶⁶

Die Schadensberechnung selbst, d. h. auch die Bestimmung der Höhe des Abschlags, ist den Tatgerichten überlassen. Manchmal werden auch unter dem Stichwort „perte d’une chance“ 100% des jeweiligen Betrages gewährt.⁸⁶⁷

⁸⁶² Ch. Civ. I re, 29.05.1963, RTD civ. 313 bei Tunc.

⁸⁶³ Grenoble, 26.05.1964, RTD civ. 550 bei Tunc.

⁸⁶⁴ Großerichter, § 7 II. 1. c), S. 104ff.

⁸⁶⁵ Großerichter, § 7 II. 1. c), S. 106.

⁸⁶⁶ Großerichter, § 7 II. 1. d), S. 107; § 7 II. 2. c), S. 111; § 7 II. 5. b) (2) (e), S. 129.

⁸⁶⁷ Großerichter, § 7 II. 5. c), S. 130.

3. Anwendbarkeit des art. 1382 C. c. auf „geistiges Eigentum“ und Persönlichkeitsrechte

Bei den Ansprüchen wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten und den wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen, die auf die Generalklauseln des allgemeinen Deliktsrechts (art. 1382ff. C. c.) gestützt werden, gelten diese allgemeinen Regeln naturgemäß auch für die Bestimmung des Schadensumfangs.

Bei der „action en contrefaçon“ wird die Anwendbarkeit von art. 1382ff., 1149ff. C. c. auf die Bestimmung des Schadensumfangs von Teilen der Literatur bestritten, die eine Möglichkeit schaffen möchten, die Schadenssumme zu Strafzwecken zu erhöhen.⁸⁶⁸ Demgegenüber versteht die Rechtsprechung die Anordnung der deliktischen Haftung für die „contrefaçon“ in den gesetzlichen Vorschriften über die gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht als Verweis auf die allgemeinen Regeln der deliktischen Haftung gemäß art. 1382, 1383, 1149 C. c. Zur Begründung weist sie schlicht darauf hin, dass diese allgemeinen Regeln nirgends durch speziellere abbedungen würden.⁸⁶⁹

Das Argument des Verletzers, die Verletzung habe auch einen Werbeeffekt und dadurch positive Auswirkungen auf die finanzielle Situation des Verletzten gehabt, wird nicht zugelassen.⁸⁷⁰

II. Schadensschätzung

Die Schadensschätzung unterliegt dem freien, vom Revisionsgericht nicht überprüfbareren Ermessen des Tatgerichts („appréciation souveraine du juge du fond“). Es ist nicht gehalten anzugeben, wie es die Höhe des Schadensersatzes ermittelt hat, insbesondere braucht es nicht zwischen materiellem Schaden und Nichtvermögensschaden zu differenzieren oder anzugeben, welcher Betrag auf welche von

⁸⁶⁸ Z. B. Gautier, n° 439; Pollaud-Dulian, n° 1025.

⁸⁶⁹ Cass., Ch. crim. v. 10.11.1881: Ann., 1882.204 (« Attendu que la loi du 5 juillet 1844 ne contient aucune dérogation du droit commun pour l'évaluation des dommages-intérêts qui peuvent être dus au titulaire d'un brevet dont l'invention a été contrefaite; qu'aux termes de l'article 1382 du Code civil, la partie lésée par le fait d'autrui n'a droit de réclamer que la réparation du dommage qu'elle a subi »); Cass. civ. v. 16.12.1897, Annales 1897.319; Cass. com., 13.01.1971, D.1971.147 (modèle, Schaden kann geringer sein als Verletzergewinn); Paris, 26.02.1992, D. 1993, som. com. 300 bei Burst; Paris, 16.2.1976: Ann. 1977.33 (Marke); Belfort RIPIA 2000, n° 201, S. 72, 73.

⁸⁷⁰ Paris, 01.10.1990: RIDA, Juli 1991, S. 206, Anm. Kérever (Le Figaro ./ SAVAM).

mehreren geltend gemachten Positionen entfällt.⁸⁷¹ In der Praxis werden häufig lediglich die Elemente genannt, die bei der Schadensschätzung berücksichtigt werden, und anschließend ein Gesamtbetrag ausgeworfen, ohne dass angegeben wird, wie sich der Schaden auf die einzelnen Positionen verteilt („toutes causes confondues“).⁸⁷²

In der Praxis scheint der Kläger nur äußerst selten leer auszugehen, weil sein Vortrag zur Höhe für ungenügend befunden wird. Offenbar schätzt das Gericht einen Betrag häufig auch dann, wenn zur Schadenshöhe wenig oder nichts vorgetragen und auf den „Inhalt der Akten“ verwiesen wird.⁸⁷³ Einen Einblick in die Praxis gewährt die Stellungnahme einer Richterin am Appellationsgericht Paris im Rahmen eines Kolloquiums:

« Les avocats s'efforcent d'exposer qu'il y a contrefaçon ou qu'il n'y a pas contrefaçon, et à la fin on aborde le préjudice. Là, trop souvent je dois dire, le préjudice n'est pas plaidé. On demande 300 000 Francs, on demande 500 000 Francs de dommages-intérêts et on dit 'le Tribunal ou la Cour au vu du dossier appréciera', mais on ne consacre pas le plus souvent plus de 5 minutes à plaider le préjudice. Fait aggravant, quand les magistrats ouvrent les dossiers en espérant trouver des éléments leur permettant d'évaluer le préjudice, le dossier est vide. C'est une des raisons pour lesquelles les dommages-intérêts alloués par les tribunaux sont relativement peu élevés. Vous me direz, il y a la solution de l'expertise comptable, mais les tribunaux, du moins civils, y sont assez réticents. D'abord parce qu'elle coûte cher, ensuite parce qu'elle prolonge la durée de la procédure ... »⁸⁷⁴

Das Gericht ist frei in seiner Entscheidung darüber, ob es die Einholung eines Sachverständigengutachtens (meist von Wirtschaftsprüfern) anordnet und wie es dessen Aussagen würdigt.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ Cass. Com., 06.11.1968, Annales 1969, 17.

⁸⁷² Vgl. Paris, 16.02.1976, Annales, 1977.33; Tribunal de Commerce de Paris, 14.9.1981, RIDA 111, 1982, S. 192. Der Kassationshof hat dies ausdrücklich für zulässig erklärt, Cass. Com., 06.11.1968, Annales 1969, 17.

⁸⁷³ Vgl. Ch. Mixte 05.11.1976, Ann. 1977. 73 [77]; Die Klägerin « n'a fourni aucune indication, aucun élément sur la nature et l'importance du préjudice qu'elle a subi », das Gericht nimmt daraufhin an, dass ihr Schaden mindestens dem Gewinn des Verletzers entspricht; Paris, 07.02.1996: PIBD 611, III, 290; Der Kläger „ne produit aucune pièce à l'appui de son argumentation“; TGI Paris, 20.12.1996, « David Copperfield », RIDA, Juli 1997. 351.

⁸⁷⁴ Mandel, Stellungnahme auf dem 1er Forum de la Propriété industrielle, RIPIA 1996, 27, 30.

⁸⁷⁵ Paris, 14.05.1990, « Fred », RIDA, Okt. 1990. 286; Zuspreehung von 300.000 Francs, Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht erforderlich. – Zur „concurrency déloyale“ Courtieu, Juris-Classeur Responsabilité civile, Fasc. 132–1, n° 75: „Le juge n'est pas tenu de procéder par expertise“.

Bei Ansprüchen wegen „concurrency déloyale“ oder „agissement parasitaire“ wird oft eine freie Schätzung vorgenommen und eine Pauschalsumme mit dem lakonischen Hinweis: „La cour dispose d’éléments pour fixer ce préjudice à la somme de...“ oder „unter Berücksichtigung des Inhalts der Akten...“ ausgeworfen.⁸⁷⁶ Es kommt allerdings auch vor, dass in Ermangelung eines nachgewiesenen Schadens lediglich symbolischer Schadensersatz zuerkannt wird.⁸⁷⁷

In der Regel weist der Kassationshof Angriffe auf solche Schätzungen unter Hinweis auf die „appréciation souveraine des juges du fond“ zurück. Auch Rügen, die sich auf angebliche Begründungsmängel beziehen, etwa das Fehlen von Ausführungen darüber, wie das Tatgericht die ausgeworfene Summe ermittelt hat, oder das Fehlen von Auseinandersetzungen mit den Argumenten der Beklagten, werden in der Regel zurückgewiesen.⁸⁷⁸ Es kommt jedoch auch vor, dass der Kassationshof Entscheidungen wegen Rechtsfehlern aufhebt, etwa weil eine falsche Schadensberechnungsmethode angewandt wurde⁸⁷⁹.

III. Ermittlung des entgangenen Gewinns

Der Verletzer hat dem Verletzten den Gewinn zu ersetzen, der diesem auf Grund der Verletzung entgangen ist.⁸⁸⁰

⁸⁷⁶ Paris, 08.04.1993, PIBD 1993, 549.III, 471; TGI Paris 28.10.1992: PIBD 1993.III, Nr. 537 S. 107; Schmidt-Szalewski RTD com. n° 47, juillet–septembre 1994, 456, 470.

⁸⁷⁷ Courtieu, Juris-Classeur Responsabilité civile, Fasc. 132–1, n° 75.

⁸⁷⁸ Vgl. Com. 27.01.1998: PIBD 1998, III, 237: Die Revision rügte, das Berufungsgericht habe die Argumente des Beklagten bezüglich der Schadenshöhe ignoriert. Der Kassationshof erklärt dazu, das Berufungsgericht habe eben darauf geantwortet, indem es sie nicht berücksichtigt bzw. sie zurückgewiesen habe („[la cour d’appel] a répondu en les rejetant aux conclusions et moyen prétendument délaissées“). Vgl. a. Com., 24.10.2000: PIBD 2001, III, 125: Das Berufungsgericht « n’était pas tenue de s’expliquer sur les éléments de preuve qu’elle écartait ».

⁸⁷⁹ Crim. 20.6.1990: RIDA, Oktober 1990, 274, 276.

⁸⁸⁰ Paris, 01.07.1986: Annales 1986, 279 (Patentrecht); Paris, 16.02.1976: Annales 1977, 33 (Markenrecht); Mathély Annales 1963.I, 249, 250.

1. Gewerbliche Schutzrechte

Bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns wird ein zweistufiges Verfahren angewandt. Zunächst wird der Umfang der Verletzung („masse contrefaisante“) ermittelt.⁸⁸¹ Daraus wird dann auf den dem Verletzten entgangenen Gewinn geschlossen.

a) Begriff der « masse contrefaisante » ; Problem der zusammengesetzten Produkte

„Masse contrefaisante“ bezeichnet den Verletzungsumfang, und zwar meist die Zahl der rechtsverletzenden Handlungen und Objekte.⁸⁸² Dagegen schreibt *Mathély*, der Schaden sei anhand des Verletzergewinns („par rapport aux bénéfices réalisés par le contrefacteur“) zu ermitteln.⁸⁸³ *Pollaud-Dulian* will sowohl die Zahl der Verletzungshandlungen als auch den Nettogewinn des Verletzers, d. h. den Betrag seiner Einnahmen abzüglich aller Kosten einschließlich der Fixkosten, ermitteln.⁸⁸⁴

Wenn nur ein Teil des Endprodukts ein Patent verletzt, gilt nach der Rechtsprechung trotzdem das Gesamtprodukt als „masse contrefaisante“, sofern der patentierte Teil und der Rest eine wirtschaftliche Einheit („tout commercial“) bilden. Grundlegend ist die Entscheidung „Auer“ des Kassationshofs vom 18.12.1897, in der es um eine Patentverletzung bezüglich einer Gaslampe ging. Patentiert war nur der Glühstrumpf („manchon“), nicht der Brenner. Das erstinstanzliche Gericht weigerte sich, den gesamten Gewinn zu berücksichtigen, den die Klägerin mit der Lampe gemacht hätte, und nahm einen Abzug für die Brenner vor:

« Attendu que le monopole résultant d'un brevet doit être limité, même dans ses conséquences indirectes, à la chose brevetée et ne saurait éten due à ses accessoires (...). »⁸⁸⁵

⁸⁸¹ Belfort RIPIA 2000, n° 201, 72, 74.

⁸⁸² Belfort RIPIA 2000, n° 201, S. 72, 74.

⁸⁸³ Mathély, *Annales*, 1963.I. 249, 252f.

⁸⁸⁴ Pollaud-Dulian, n° 735.

⁸⁸⁵ Tribunal de Lille, 05.06.1897, *Annales* 1897.319, 319f.

Das Berufungsgericht entschied dagegen, der mit dem gesamten Produkt erzielte Gewinn sei zu berücksichtigen. Dessen Entscheidung wurde vom Kassationshof aufrechterhalten:

« Attendu que le demandeur soutient vainement que l'arrêt a méconnu les éléments constitutifs des brevets Auer en faisant porter l'évaluation du dommage tant sur les manchons formant le seul objet des brevets que sur les becs Bunsen qui servent de supports à ces manchons;

Que l'arrêt attaqué, tout en constatant que les becs Bunsen sont dans le domaine public, déclare qu'au point de vue du mode d'exploitation adopté par la Société d'incandescence par le Gaz ils forment avec les manchons un tout commercial indivisible et sont dès lors un des éléments du bénéfice réalisé par cette Société sur la vente des becs brevetés;

Attendu que cette constatation rentre dans les pouvoirs souverains du juge du fait et échappe au contrôle de la Cour de cassation;

Par ces motifs, rejette. »⁸⁸⁶

Der Kassationshof ordnete die Frage somit dem Entscheidungsspielraum der Tatsacheninstanzen zu. Das Berufungsgericht hatte zur Begründung ausgeführt, „que le bec sans le manchon est inutilisable“⁸⁸⁷. Ein „tout commercial“ liegt demnach vor, wenn der patentverletzende Teil für die Herstellung oder das Funktionieren des Endprodukts notwendig ist⁸⁸⁸, und dem steht nicht entgegen, dass andere Teile (wie hier der Brenner) für das Funktionieren ebenso unerlässlich sind.

Mitunter fordert der Kläger auch die Berücksichtigung weiterer Produkte oder Leistungen, z. B. wenn das patentierte Produkt mit sonstigen, nicht patentierten Produkten zusammen vertrieben wird oder im Zusammenhang mit seinem Verkauf Dienstleistungen erbracht werden können. Die Rechtsprechung entscheidet über die Berücksichtigung solcher weiterer angeblich entgangener Gewinne danach, inwieweit der patentierte Teil für die Kaufentscheidung des Verbrauchers bedeutsam war. Auch wenn es sich nicht in dem Sinne um eine wirtschaftliche Einheit

⁸⁸⁶ Cass civ. v. 16.12.1897: Annales 1897.319, 322 (Brevet Auer).

⁸⁸⁷ Douai, 26.07.1897: Annales 1897.319, 320 (Brevet Auer).

⁸⁸⁸ Dann auch « tout fonctionnel » genannt, Cour de Paris, 3.5.1955, Annales 1956.34 (2^e esp.) [40]; Mathély, Ann. 97. 1963.I. 249, 254 (ohne Verwendung des Begriffs „tout commercial“).

handelt, dass die nicht patentierten Objekte notwendig mit den patentierten zusammen verkauft werden, wird der Wert eines Auftrags insgesamt zur „masse contrefaisante“ gezählt, wenn der Verletzer ihn nur hat ausführen können, weil er die patentverletzende Einrichtung benutzt hat,⁸⁸⁹ und der Umstand, dass bestimmte Produkte häufig zusammen mit der patentverletzenden Einrichtung abgesetzt werden, führt mitunter zumindest zu einem Aufschlag⁸⁹⁰. Bei einem Modell ist in der Regel anzunehmen, dass es nicht allein bestimmend für die Kaufentscheidung ist; dem ist bei der Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes Rechnung zu tragen.⁸⁹¹

In einer neueren patentrechtlichen Entscheidung hat das Pariser Appellationsgericht die Voraussetzungen für die Berücksichtigung anderer als patentierter Teile eines Produkts wie folgt formuliert:

« [I]l convient de rappeler que la victime d'une faute devant obtenir l'entière réparation du dommage qui lui a été causé, si l'objet breveté se vend automatiquement avec des accessoires ou s'il entraîne nécessairement la fourniture d'objets ou de prestations complémentaires, le profit tiré de l'exploitation du produit breveté s'applique également à ceux-ci. »⁸⁹²

Das Patent betraf Teile einer Fabrikationsanlage, die sowohl vom Verletzten als auch vom Verletzer stets zusammen mit anderen Vorrichtungen vermarktet wurden. Strittig war, ob und ggf. inwieweit der Gewinn zu berücksichtigen war, der auf solche weiteren Vorrichtungen sowie auf die Beratung darüber entfiel, wie die Einrichtung in die Produktionsanlage des jeweiligen Kunden zu integrieren sei. Das Gericht lehnte dies ab, weil festgestellt wurde, dass die Kunden ihre Entscheidung für den einen oder anderen Anbieter nicht wegen der patentierten Einrichtung trafen, sondern auf Grund anderer Faktoren.

⁸⁸⁹ Lyon, 08.04.1999: Annales, 2000, 35, 37f.

⁸⁹⁰ Z. B. in Paris, 9.2.1995: PIBD 1995, III, S. 241, 242.

⁸⁹¹ Paris, 23.06.1988, Annales 1989, 180 (Ls.); Mathély Annales 1963, 249, 262.

⁸⁹² Paris, 19.11.1997 : PIBD 1998, III, p. 189, 190.

b) Unterscheidung danach, ob der Verletzte sein Recht „verwertet“

Bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns werden unterschiedliche Berechnungsmethoden benutzt, je nachdem, wie der Berechtigte sein Recht konkret ausübt. Wenn er es nutzt, um selbst Produkte herzustellen und zu vermarkten, wird davon gesprochen, dass er sein Recht „verwertet“ (exploite).⁸⁹³ In diesem Fall ist der Gewinn zu ermitteln, der ihm dadurch entgangen ist, dass infolge der Verletzung sein eigener Absatz zurückgegangen ist. Gestattet er anderen Handlungen, die das Schutzrecht ihm vorbehält, gegen Entgelt oder nutzt er das Recht gar nicht, „verwertet“ er es nicht; in diesem Fall erhält er eine Lizenzgebühr.⁸⁹⁴

Mit der Berechnung der Lizenzgebühr befasst sich Abschnitt bb). Die Fragen, ob und ggf. von wem das Recht „verwertet“ wird, wenn der Inhaber des Rechts Lizenzen erteilt hat, werden in Abschnitt H. gesondert behandelt.

aa) Der Verletzte „verwertet“ sein Recht: Entgangener Gewinn durch entgangenen Absatz

„Verwertet“ der Verletzte sein Recht in diesem Sinne, richtet sich der Betrag des Schadens nach dem Gewinn, der dem Verletzten dadurch entgangen ist, dass er einen geringeren Absatz erzielt hat als bei Unterbleiben der Verletzung.

(1) Beziehung zwischen Verletzergewinn und entgangenem Gewinn des Verletzten

Schon im 19. Jahrhundert bestanden Meinungsverschiedenheiten auch innerhalb der Rechtsprechung darüber, ob der Verletzergewinn stets als Mindestschaden anzusehen sei. 1881 bestätigte der Kassationshof eine patentrechtliche Entscheidung,

⁸⁹³ Com. 01.03.1994: PIBD 1994, III, p. 287, 288 (« actes de fabrication, d'offre ou de mise dans le commerce des produits protégés »).

⁸⁹⁴ Paris, 10.05.1990: Annales, 1990, 53, 59 « Considérant que le préjudice subi par P. Inc. dépend non seulement du droit qu'il possède, mais encore du droit tel qu'il l'exerce; que s'il est admis que la société P. Inc. n'exploite pas son brevet, elle a droit à une redevance indemnitaire; qu'en revanche si elle exploite son brevet, elle a droit au bénéfice perdu sur les ventes manquées du fait de la contrefaçon (...) » – Ebenso (für « dessins et modèles ») Paris, 20.03.1995: Annales, 1995, 220; Paris, 03.03.1988, Annales, 1989, 180.

die dem Verletzten Schadensersatz in Höhe der Verletzergewinne versagt hatte.⁸⁹⁵ Die Patentverletzung betraf Druckmaschinen, und der Verletzte betrieb seine Druckerei in einer anderen Stadt als die Verletzer. Darum war das Berufungsgericht der Ansicht, dass nicht angenommen werden könne, dass der Verletzte die Aufträge der Verletzer erhalten hätte, wenn diese nicht die patentverletzenden Maschinen verwendet hätten. Der Kassationshof billigte die Entscheidung mit der lapidaren Begründung, das Patentgesetz enthalte keine von art. 1382, 1149 C. c. abweichende Bestimmung. Die Entscheidung wurde seinerzeit von *Pataille* erläutert:

« Sans doute il n'est pas très moral que le contrefacteur conserve une partie de ses bénéfices illégitimes, mais on ne saurait invoquer aucune raison sérieuse et surtout aucun principe juridique pour attribuer au breveté tous ces bénéfices qui constitueraient à son profit un véritable lucre. Supposons qu'un individu, ayant volé une somme d'argent, l'emploie avec intelligence et la fasse décupler; la victime du vol obtiendra-t-elle nécessairement avec la restitution de la somme détournée tous les bénéfices réalisés par le voleur? Assurément non; à moins, bien entendu, qu'il ne soit prouvé qu'elle aurait obtenu, sans le vol de son argent, les mêmes bénéfices. La règle doit être identique pour la contrefaçon, qui constitue un vol industriel. Le breveté ne peut prétendre à l'attribution du gain réalisé par le contrefacteur, qu'à la condition de prouver que ce gain lui a été ravi par la contrefaçon, sans laquelle il l'aurait lui-même obtenu. C'est bien alors la réparation du préjudice qui lui est accordée; mais il ne peut rien réclamer de plus, et s'il est certain qu'il n'aurait jamais pu réaliser les bénéfices recueillis par la contrefaçon, il ne saurait à aucun titre se les faire attribuer. »⁸⁹⁶

Diese Ansicht blieb allerdings umstritten, und es ergingen noch bis in die 1960-er Jahre instanzgerichtliche Entscheidungen, in denen dem Verletzten der Verletzergewinn ausdrücklich unabhängig davon zugesprochen wurde, ob er seinem Schaden entsprach.⁸⁹⁷ Eine derartige erstinstanzliche Entscheidung wurde jedoch 1963 vom Pariser Appellationsgericht mit ausführlicher Begründung aufgehoben:

⁸⁹⁵ Cass., Ch. crim. v. 10.11.1881: Annales, 1882.204.

⁸⁹⁶ Pataille, Anm. zu Cass., Ch crim. v. 10.11.1881: Annales, 1882.204. Die Ansicht Patailles, sowohl ein mit gestohlenem Gut im Allgemeinen als auch ein mittels einer Schutzrechtsverletzung im besonderen erzielter Gewinn sei zwar „illégitime“, könne aber nicht abgeschöpft werden, stieß auf den scharfen Widerspruch von Fritz Schulz, der für eine Weiterentwicklung des Bereicherungsrechts eintrat, um diese Gewinne zu Gunsten des Verletzten abschöpfen zu können, AcP 105, 1, 83, dazu oben Teil 2 D. IV. 1 b) aa).

⁸⁹⁷ Ausführliche Darstellung mit Nachweisen bei X. L., Anm. zu Com., 13.01.1971, D. 1971, 148.

« Considérant qu'effectivement les tribunaux, en cette matière, prennent soin pour évaluer le préjudice subi par le breveté victime d'une contrefaçon de rechercher le bénéfice réalisé par le contrefacteur ; que c'est là une méthode d'appréciation commode et qui trouve, en principe, sa justification dans cette considération que, le breveté étant titulaire d'un monopole, tous les objets achetés au contrefacteur l'auraient été au breveté;

Qu'il y a toutefois d'observer qu'en l'absence d'une disposition particulière de la loi en matière de brevet, l'action en réparation du délit commis est soumise aux règles générales de la responsabilité délictuelle, qui imposent de réparer tout le préjudice subi par la victime, mais de ne rien lui accorder au delà;

Attendu que si, en général, les tribunaux tiennent compte du bénéfice réalisée par le contrefacteur, c'est parce qu'ils présument que le breveté en aurait réalisé autant, mais cette présomption de fait doit céder devant la preuve contraire. »⁸⁹⁸

Diese Ausführungen sind in zweifacher Hinsicht erstaunlich: Zum einen wird deutlich, dass es trotz der erwähnten, anderslautenden Entscheidung des Kassationshofs von 1882 gängige Rechtsprechungspraxis war, dem Verletzten den Verletzergewinn ohne Rücksicht darauf zuzusprechen, ob er diesen selbst hätte erzielen können. Zum anderen erscheint es eigenartig, der Ablehnung einer Schadensberechnungsmethode als ungesetzlich vorzuschicken, dass diese „bequem“ und „im Prinzip“ durch die Überlegung gerechtfertigt sei, dass dem Verletzten auf Grund des vom Patent gewährten Monopols stets der gesamte mit erfindungsgemäßen Produkten erzielte Gewinn zustehe. Es deutet darauf hin, dass selbst das Pariser Appellationsgericht, das mit der vorliegenden Entscheidung der bisherigen, offenbar eher stillschweigend geübten Rechtsprechungspraxis ein Ende machte, dies mit einem gewissen Bedauern tat. Immerhin setzte sich dieser Standpunkt in der Folgezeit durch. 1971 sah sich der Kassationshof noch einmal veranlasst, seine Richtigkeit zu bestätigen.⁸⁹⁹ Heute scheint er grundsätzlich allgemein akzeptiert zu sein. In einer Vielzahl von Entscheidungen wird bestätigt, dass der Verletzte nicht automatisch Schadensersatz in Höhe des Gewinns des Verletzers verlangen kann⁹⁰⁰ und es dem Anspruch umgekehrt auch nicht entgegensteht, wenn der Gewinn oder Umsatz des Verletzers niedriger ist als der entgangene Gewinn des Verletzten⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ Paris 22.02.1963, Annales, 1963.284 m. zust. Anm. Valabrègue, der ausführt, in den Fällen, in denen der Verletzte den Gewinn nicht erzielt hätte, sei sein Schaden die Lizenzgebühr, die er hätte verlangen können.

⁸⁹⁹ Com., 13.01.1971, D. 1971, 148.

⁹⁰⁰ Paris, 04.03.1993: Annales, 1994. 80, 84; Paris, 01.10.1979: Annales, 1981, 217 (dessins et modèles); Paris, 25.10.1990, PIBD, 1991, n° 492.III.68 (dessins et modèles); Paris, 21.02.1991, Annales, 1992, 322.

⁹⁰¹ Paris, 28.2.1989: Annales, 1990, 133; Dijon, 9.4.1992: D. 1993. somm. 94 (Urheberrecht).

In der Praxis scheint Ausgangspunkt für das Gericht zunächst die Zahl der vom Verletzer vermarkteten Artikel zu sein. Hiervon werden Abzüge gemacht, soweit die Kapazitäten des Verletzten nicht ausgereicht hätten, um eine entsprechende Anzahl von Produkten zusätzlich herzustellen und zu vermarkten, und soweit ein Teil des Verletzerumsatzes bei Unterbleiben der Verletzung nicht dem Verletzer, sondern anderen Wettbewerbern zugute gekommen wäre.⁹⁰²

Bei der Festsetzung der anwendbaren Marge scheint die Rechtsprechung nicht nach einem einheitlichen Verfahren vorzugehen. Fest steht nur, dass die Marge des Verletzten maßgeblich ist⁹⁰³ und speziell für die fraglichen Artikel ermittelt werden muss, d. h. nicht mit Durchschnittswerten gearbeitet werden darf, die unter Berücksichtigung aller Produkte des Verletzten ermittelt wurden.⁹⁰⁴ Nicht einheitlich zeigt sich die Rechtsprechung in den Fällen, in denen der Verkaufspreis des Verletzten niedriger war als der des Verletzers, sodass Grund zu der Annahme besteht, dass der Verletzte ohne die Verletzung nicht eine der „masse contrefaisante“ entsprechende Anzahl eigener Produkte zusätzlich verkauft hätte. Obwohl dies grundsätzlich schadensmindernd berücksichtigt werden müsste, wird gelegentlich trotzdem die Summe der rechtsverletzenden Produkte mit der Marge des Verletzten multipliziert.⁹⁰⁵ In anderen Entscheidungen wird stattdessen ein „Verlust der Marge“ auf die eigenen Verkäufe des Verletzten als eigener Schadensposten berücksichtigt, wenn der Verletzte gerade wegen der Präsenz der verletzenden Gegenstände auf dem Markt seine Preise gesenkt oder nicht erhöht hat.⁹⁰⁶

Trotz der geschilderten grundsätzlichen Entkoppelung von Verletzergewinn und entgangenem Gewinn des Verletzten kommt dem Verletzten offenbar zumindest gelegentlich eine Art Vermutung zugute, dass er den Verletzergewinn selbst erzielt hätte. So deutet das Pariser Appellationsgericht in der vorstehend bereits zitierten Entscheidung von 1963 zum Patentrecht die bisherige Praxis, dem Verletzten stets mindestens den Verletzergewinn zuzusprechen, in eine – widerlegbare – Vermutung zu Gunsten des Verletzten um.

⁹⁰² Paris, 01.07.1986: Annales 1986, 279; Paris, 26.2.1992, D. 1993, som. com. 300 bei Burst; Paris, 22.05.1986, Annales 1987, 239; TGI Paris, 17.03.1999: PIBD 1999, III, p. 347. Paris, 31.01.1985, Annales, 1986, 79; Mandel, Stellungnahme auf dem 1er Forum de la Propriété industrielle, RIPIA 1996, 27, 31.

⁹⁰³ Pollaud-Dulian, n° 1467 (eingetragene Marke).

⁹⁰⁴ Paris, 19.11.1997: PIBD 1998, III, p. 189, 191; Paris, 21.2.1991, Annales, 1992, S. 331; Paris, 4.3.1993: Annales, 1994, 80, 84; Paris, 10.5.1990: Annales, 1990, 53.

⁹⁰⁵ Pau, 26.06.1984: RIPIA 1984, p. 98 („modèle“).

⁹⁰⁶ Paris, 04.03.1993: Annales 1994, 80, 85.

« Attendu que si, en général, les tribunaux tiennent compte du bénéfice réalisée par le contrefacteur, c'est parce qu'ils présument que le breveté en aurait réalisé autant, mais cette présomption de fait doit céder devant la preuve contraire. »⁹⁰⁷

Eine Entscheidung desselben Gerichts aus dem Jahr 1978 geht so weit, zu erklären, man müsse annehmen, dass der dem Verletzten entgangene Gewinn gleich dem Verletzergewinn sei, sofern es sich nur bei den Parteien um vergleichbare Wirtschaftssubjekte handle.⁹⁰⁸ Dem strikten Wortsinn nach würde das bedeuten, dass alle anderen Faktoren, etwa die unterschiedliche Kostenstruktur der Parteien oder Konkurrenz durch Dritte, außer Acht zu lassen wären. Die Entscheidung deutet jedoch darauf hin (ohne dass dies ausdrücklich ausgesprochen würde), dass im konkreten Fall keine sonstigen Anbieter vergleichbarer Produkte auf dem Markt präsent waren, so dass sich dieses Problem nicht stellte, und dass das Gericht es der Einfachheit halber damit bewenden lassen wollte, dass die Parteien vergleichbare Unternehmen waren und darum vermutlich auch ähnlich kalkulierten.

In diesen Entscheidungen wird eine Beziehung zwischen Verletzergewinn und entgangenem Gewinn des Verletzten vermutet. In manchen Entscheidungen wird demgegenüber zu Gunsten des Verletzten vermutet, dass der Verletzte ohne die Verletzung eine der „masse contrefaisante“ entsprechende Zahl eigener Produkte hätte absetzen können.⁹⁰⁹ Wieder andere Entscheidungen deuten dagegen darauf hin, dass das Gericht von sich aus den Sachverhalt sehr genau untersucht und ausleuchtet, ob die Kapazitäten des Verletzten ausreichen und ob es andere Wettbewerber auf dem Markt gab:

« La détermination des affaires manquées requiert une appréciation concrète des moyens industriels du breveté et de la position économique qu'il occupe sur le marché, afin de rechercher si le breveté aurait pu se substituer au contrefacteur pour les objets contrefaits commercialisés par celui-ci. »⁹¹⁰

⁹⁰⁷ Paris, 22.02.1963: Annales 1963.284; so auch Azéma, D. 1972. 48, 49.

⁹⁰⁸ Paris, 13.12.1978: Annales 1980, 9 m. abl. Anm. Perot-Morel.

⁹⁰⁹ Paris, 01.07.1986: Annales, 1986. 279 m. Anm. Reboul, der feststellt, dass die Existenz einer derartigen Vermutung hier erstmals ausdrücklich erwähnt worden sei; Paris, 26.02.1992, D. 1993, som. com. 300 m. Anm. J.-J. Burst (« dessins et modèles »).

⁹¹⁰ Paris, 02.07.1986, Annales, 1987, 114.

(2) Ausgleich für den Verlust einer Chance

Die Vielfalt der Lösungsansätze wird noch vermehrt durch eine Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts von 1997. Hier hielt es das Gericht für wenig wahrscheinlich, dass die Patentinhaberin die vom Verletzer ausgeführten Aufträge erhalten hätte, wenn dieser die Verletzung unterlassen hätte. Dennoch entschied es nicht zulasten der Patentinhaberin, sondern erkannte ihr zum Ausgleich des Verlusts einer Chance auf die Aufträge einen Anteil an dem möglichen Gewinn zu:

«Considérant que l'expert conclut ainsi à juste titre que 'la probabilité selon laquelle les sept installations litigieuses réalisées par la société R. ont pu réellement manquer à la société P. (...) est réduite, voire peu probable'.

Qu'il en résulte, comme le soutient la société R., dans ses écritures du 9 février 1996, que le préjudice de la société P. doit s'analyser en une perte de chance d'obtenir des marchés, laquelle, eu égard aux différents éléments d'information contenus dans le rapport d'expertise, sera suffisamment indemnisée par l'attribution d'une somme de 500.000 F.»⁹¹¹ (Hervorhebung von mir)

Damit wurden der Klägerin knapp 15% des Gewinns zugesprochen, den sie erzielt hätte, wenn sie die Aufträge erhalten hätte, obwohl es „wenig wahrscheinlich“ war, dass sie diese Aufträge erhalten hätte. Der Kassationshof hat die Entscheidung insoweit bestätigt.⁹¹²

(3) Pauschalentschädigung („indemnisation forfaitaire“)

Kann der Schaden auch nicht annähernd geschätzt werden, wird dem Kläger mitunter ein ausdrücklich als solcher bezeichneter Pauschalbetrag („indemnisation forfaitaire“) zugesprochen, von dem das Gericht selbst nicht annimmt, dass er dem Schaden entspricht. In einer derartigen Entscheidung des *Tribunal de grande instance* von Paris ging es um eine Urheberrechtsverletzung an Teilen des Internetauftritts eines anderen Unternehmens, mit dem jedoch kein Wettbewerbsverhältnis bestand.⁹¹³ Eine konkrete Einbuße konnte ebenso wenig festgestellt werden wie der vom Verletzten behauptete Rückgang der Besucherzahl seiner Webseite. Es

⁹¹¹ Paris, 19.12.1997: PIBD 1998, III, 189, 192.

⁹¹² Cass. com., 24.10.2000, PIBD 2001.III.125, 126; Revision hatte allerdings nur der Kläger eingelegt, der den gesamten Gewinn verlangte.

⁹¹³ Trib. Com. Paris, 09.02.1998 «Cybion», RIDA, Juli 1998, 292, 299.

muss aber bezweifelt werden, dass diese Entscheidung mit der allerdings zum Markenrecht ergangenen Entscheidung „Kenzo“ des Kassationshofs vereinbar ist (dazu unten V. 1.).

(4) Besonderheiten im Markenrecht

Im Markenrecht besteht keine Vermutung dafür, dass der Markeninhaber in dem Fall, dass die Verletzung unterblieben wäre, seine eigenen Produkte in entsprechender Zahl abgesetzt hätte: Es sei regelmäßig anzunehmen, dass auch andere Markenhersteller ohne die Verletzung mehr Umsatz gemacht hätten.⁹¹⁴ Etwas anderes kann allenfalls bei sehr bekannten Marken gelten.⁹¹⁵ Aber auch dann kann der Annahme, dass dem Markeninhaber durch die Verletzung ebensoviel eigener Absatz entgangen ist, wie der Verletzer erzielt hat, entgegenstehen, dass die Preise des Verletzers sehr viel niedriger waren.⁹¹⁶

Auch die Grundsätze über das „tout commercial“⁹¹⁷ gelten im Markenrecht nicht; die Behauptung, dass der Verletzte Artikel, die nicht von der Markenverletzung betroffen waren, mit zu verkaufen pflegte, ist nicht berücksichtigungsfähig.⁹¹⁸

(5) Vom entgangenen Umsatz abzuziehende Kosten des Verletzten

Der entgangene Gewinn ist auf der Basis des Selbstkostenpreises des Verletzten zu ermitteln.⁹¹⁹ Vielfach wird dem Verletzten außer dem Reingewinn auch ein Deckungsbeitrag⁹²⁰ zu bereits aufgewandten Kosten gewährt („marge brute“⁹²¹ oder „bénéfice brut“). Manchmal genügt hierfür summarischer Vortrag des Verletzten, wie eine Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts aus dem Pharmabereich zeigt:

⁹¹⁴ Trib. civil de la Seine, 21.02.1924: Annales, 1924, 154; Mandel, Stellungnahme auf dem 1er Forum de la Propriété industrielle RIPIA 1996, 27, 31.

⁹¹⁵ Mathély Annales 1963, 249, 262.

⁹¹⁶ Paris, 16.02.1976: Annales, 1977, 33.

⁹¹⁷ Dazu oben III. 1. a).

⁹¹⁸ Trib. civil de la Seine, 21.02.1924: Annales, 1924, 152.

⁹¹⁹ Pau, 26.06.1984: RIPIA 1984, S. 98 (« modèle »): « Le préjudice principal réside dans une perte de marché que l'on doit évaluer en se basant sur le prix de revient pour R. [= Verletztter] des pièces d'origine semblables aux pièces contrefaisants fabriquées par A. [= Verletzer], et non sur la différence entre le prix de vente des pièces tel qu'il est pratiqué par R. et le prix pratiqué par A. ».

⁹²⁰ Zum Begriff s.o. Teil 2 C. II. 1. b).

⁹²¹ Paris, 04.03.1993: Annales, 1994, 80, 84.

« C'est avec raison que l'expert a fixé la marge brute perdue par le breveté à 40 % du chiffre d'affaires ; (...). Considérant qu'ainsi que l'a noté l'expert, le produit obtenu par le procédé breveté est un produit chimique de l'industrie pharmaceutique qui a nécessité une recherche préalable de longue durée et complexe, comme tous les produits de cette industrie ; que tous ces frais ne peuvent être supportés qu'au prix de marges bénéficiaires élevées (...)».⁹²²

Einer weiteren Entscheidung zufolge sind keine Fixkosten in Ansatz zu bringen, wenn der Verletzte die der „masse contrefaisante“ entsprechende Menge zusätzlich hätte produzieren und vermarkten können, ohne dass sich seine Fixkosten erhöht hätten:

« Lorsque la quantité marginale d'objets contrefaits, par rapport à la capacité de production et de vente du breveté, est telle que celui-ci aurait pu l'exécuter sans aucune augmentation des frais généraux et des frais fixes, le bénéfice perdu doit être calculé sur la marge brute du breveté ».⁹²³

Trotzdem ergibt die Rechtsprechung kein einheitliches Bild. Einer anderen Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts zufolge ist eine Deckungsbeitragsrechnung („Direct Costing“) nicht zulässig; vielmehr müssen anteilige Fixkosten bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns abgezogen werden. Außerdem ist danach rein summarischer, nicht auf das konkrete Produkt bezogener Vortrag nicht ausreichend:

« [L'expert] observe, à juste titre, que la marge bénéficiaire fixée par cette société [der Verletzten] à plus de 30% ne peut être retenue, parce que concernant 'une marge brute d'exploitation sur coût direct, toutes productions confondues c'est à dire notamment en incluant des fabrications qui n'ont rien à voir avec l'invention brevetée et surtout sans tenir compte des frais fixes de l'entreprise, ramenant le résultat d'exploitation à titre indicatif pour 1987 par exemple, de plus de 30% à, à peine, un peu plus de 6%.' »⁹²⁴.

⁹²² Paris, 10.05.1990: Annales, 1990. 53 [letzter Ls. und Seite 60] (Pfizer ./ Sanofi). Ähnlich schon Paris, 07.07.1978: Annales 1980 .46 (Ls.) (« il est exact que l'auteur du modèle a subi une perte d'amortissements incluse dans la fraction du prix de vente »).

⁹²³ Paris, 02.07.1986, Annales, 1987, 114.

⁹²⁴ Paris, 19.11.1997: PIBD 1998, III, p. 189, 191.

bb) Lizenzgebühr („redevance indemnitaire“)

Wenn der Inhaber des Schutzrechts es nicht „verwertet“ (s. o. b)), erhält er als Schadensersatz eine Lizenzgebühr („redevance indemnitaire“).⁹²⁵

(1) Einordnung der Lizenzgebühr als entgangener Gewinn

Die Lizenzgebühr wird als entgangener Gewinn angesehen:

« (...) [L]a Société M. se trouve dans la situation d'un breveté qui n'exploite pas lui-même et dont le manque à gagner est déterminé par les redevances auxquelles il aura pu prétendre et qu'il n'a pas perçues ... »⁹²⁶

Der Kassationshof hat das Argument, eine derartige „Lizenzgebühr“ stelle keinen Schaden im Sinne der art. 1382ff. C. C. dar, ausdrücklich zurückgewiesen:

« Mais attendu que la cour d'appel qui a retenu que le préjudice causé par la contrefaçon au titulaire d'un brevet qui n'exploite pas son invention consistait dans la privation de la redevance qu'il aurait été en droit d'exiger pour autoriser ladite exploitation, a, répondant aux conclusions prétendument délaissées, justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé (...) ».⁹²⁷

Es wird jedoch nicht geprüft, ob die Parteien zu einer Einigung gekommen wären. So steht es der Zusprechung einer Schadensersatzlizenz nicht entgegen, dass der Verletzte in Frankreich bewusst keine Lizenzen vergeben hat, um sich das Geschäft selbst vorzubehalten, so dass er auch der Verletzerin sicherlich keine Lizenz erteilt hätte.⁹²⁸ Auch hat das Pariser Appellationsgericht eine Lizenzgebühr von 5% des geltend gemachten entgangenen Gewinns durch entgangenen Absatz in einem Fall zugesprochen, in dem der Verletzte sein Patent sehr wohl „verwertete“, in dem aber wegen der Attraktivität der verletzenden Produkte sowie der fehlenden Kapazitäten des Verletzten nicht anzunehmen war, dass der Verletzte den entsprechenden Umsatz hätte machen können.⁹²⁹

⁹²⁵ Paris, 07.07.1992: Annales 1993, 110; Paris, 03.03.1988: Annales 1989, 180 (modèle); Paris, 20.3.1995: Annales 1995, 220 (modèle); Mathély, Annales 1963, 249, 260f.

⁹²⁶ Paris 02.03.1971 : D. 1972, S. 45, 47.

⁹²⁷ Com. 11.01.2000: PIBD 2000, III, 217, 218.

⁹²⁸ Paris 02.03.1971. D. 1972, S. 45, 47.

⁹²⁹ Paris, 12.07.1990, PIBD 1990, III, n° 490, 704, 706.

(2) Festsetzung der Höhe der Lizenzgebühr

Grundsätzlich orientiert sich die Rechtsprechung am Marktpreis einer Lizenz. Auch eine andere Schadensersatzlizenz, die der Verletzte mit einem anderen Verletzer ausgehandelt hat, kann zur Schadensschätzung herangezogen werden.⁹³⁰

Diese Vorgehensweise der Rechtsprechung erfuhr Kritik durch Teile der Literatur: Damit werde im Ergebnis eine Zwangslizenz auch in Fällen eingeführt, in denen sie gesetzlich nicht vorgesehen ist; dabei werde der Verletzer auch noch besser gestellt als ein ordentlicher Lizenznehmer, da der Verletzer – falls er überhaupt ertappt wird – erst später zahlen muss.⁹³¹

Die Rechtsprechung reagiert auf diese Kritik, indem sie dem Verletzten eine Schadensersatzlizenzgebühr („redevance indemnitaire“) zuspricht, die höher ist als die übliche vertragliche Lizenzgebühr.⁹³² Zur Rechtfertigung des „Verletzerzuschlags“ werden häufig die Erwägungen angeführt, mit denen die Literatur ihre erwähnte Kritik an der Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr begründet, und ausdrücklich erklärt, die Schadensersatzlizenz müsse abschrecken („conserver un caractère dissuasif à l'égard des contrefacteurs“).⁹³³

Gegen diese Praxis, einen Verletzerzuschlag auf die übliche vertragliche Lizenzgebühr zu erheben, wird geltend gemacht, dieser Zuschlag stelle eine Privatstrafe dar, die gegen art. 1382 C. c. verstoße, wonach der Schaden, den der Geschädigte erleidet, die Obergrenze des Schadensersatzes bildet. Die Rechtsprechung hält jedoch bisher daran fest, dass Ausgangspunkt und rechtlicher Rahmen der Schadensberechnung die deliktsrechtliche Generalklausel und damit das Ausgleichsprinzip sei. Der Kassationshof hat Entscheidungen, die ausdrücklich mit der Notwendigkeit, den Verletzer zu bestrafen und potentielle Verletzer abzuschrecken, begründet waren, zwar aufrechterhalten:

«[E]n retenant à l'égard des contrefacteurs un taux de redevance supérieur à celui consenti à des cocontractants choisis par le titulaire du brevet, la Cour

⁹³⁰ Paris 02.03.1971: D. 1972, 45.

⁹³¹ Azéma, D. 1972, p. 48; Pollaud-Dulian, n° 739.

⁹³² Mandel, Stellungnahme auf dem 1er Forum de la Propriété industrielle, RIPIA 1996, 27, 31.

⁹³³ Tribunal de Paris, 30.01.1985: PIBD 1985.371.III.183; TGI Paris 04.03.1987: PIBD 1987.417.III.308; TGI Paris, 18.10.1989, PIBD 1990.471.III.70.

d'Appel n'a fait qu'apprécier souverainement le montant du préjudice effectivement causé par les agissements fautifs ...»⁹³⁴

Der Kassationshof vermied dabei aber eine Stellungnahme zu den rechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts, das den Verletzerzuschlag – zumindest den in der Revisionsentscheidung wiedergegebenen Angriffen der Revision zufolge – ausdrücklich mit Sanktionszwecken begründet hatte, indem er die vom Berufungsgericht vorgenommene Bewertung dem Bereich des nicht überprüfaren tatrichterlichen Ermessens zuordnete. *Mathély* vertritt daher in seiner Anmerkung zu der Entscheidung die Ansicht, der Kassationshof habe damit nicht generell einen zu Strafzwecken erhobenen Verletzerzuschlag auf die angemessene Lizenzgebühr gutgeheißen. Vielmehr besage die Entscheidung lediglich, dass der Tatrichter in dem entschiedenen Einzelfall in Ausübung seines Ermessens zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die von dem Verletzten praktizierten vertraglichen Lizenzsätze zu niedrig seien, um einen adäquaten Ausgleich des vom Verletzten erlittenen Schadens zu gewährleisten. In manchen späteren instanzgerichtlichen Entscheidungen fehlt dementsprechend eine ausdrückliche Stellungnahme zu Gunsten eines Strafzuschlags:

« Considérant que le préjudice de la société V. doit être apprécié de telle sorte que celle-ci se trouve rétablie dans la situation qui aurait été la sienne si l'activité dommageable n'avait pas eu lieu; qu'une telle appréciation ne conduit pas nécessairement à transposer pour le calcul de la redevance indemnitaire le taux de la redevance contractuelle... »⁹³⁵

Auch hier zeigt sich entgegen der erwähnten Stellungnahme von *Mathély* jedoch, dass der Zuschlag in Verletzungsfällen generell für erforderlich gehalten wird und es sich nicht um Einzelfallentscheidungen handelt. Andere Entscheidungen werden zudem weiterhin offen auf generalpräventive Erwägungen gestützt.⁹³⁶ Vielfach wird es heute ohne besondere Begründung als feststehender Grundsatz behandelt, dass die Schadensersatzlizenz zu erhöhen sei:

⁹³⁴ Com. 19.02.1991: Annales, 1991. 4, 5 m. Anm. *Mathély*.

⁹³⁵ Paris, 04.03.1993: Annales, 1994. 80, 85.

⁹³⁶ Paris, 20.03.1995: Annales 1995, p. 220: Verletzer kann nicht verlangen, wie ein rechtmäßiger Lizenznehmer behandelt zu werden, da dies Verletzungshandlungen geradezu herausfordern würde (« ne peut prétendre être traitée comme un cocontractant sous peine d'encourager la contrefaçon »).

« [L]e breveté était fondé à revendiquer, pour autoriser la production d'une masse contrefaisante représentant un chiffre d'affaires actualisé de 3 535 451 F, une redevance qui ne saurait être inférieure à 2% de ce chiffre d'affaires, compte tenu de l'importance de l'invention, et est en même temps sujette à majoration, compte tenu de son caractère indemnitaire... »⁹³⁷

Manche Entscheidungen werden auch damit begründet, dass es sachgerecht sei, den Lizenzsatz für den Verletzer höher anzusetzen als für den vertraglichen Lizenznehmer, da der Verletzer sich in einer schlechteren Verhandlungsposition befinde als ein regulärer Lizenznehmer und daher die ihm auferlegten Bedingungen akzeptieren müsse:

« Considérant que selon les usages en la matière, le taux de la redevance indemnitaire est déterminé par référence au taux que le breveté peut être amené à pratiquer dans le cadre d'une licence librement consentie à un tiers exploitant dans des conditions similaires et est majoré pour tenir compte du fait que le contrefacteur n'est pas un licencié contractuel qui a débattu librement du taux qui sera appliqué et qu'il n'est pas en position de refuser les conditions qui lui sont imposées ... »⁹³⁸

« Considérant que pour le calcul de la redevance indemnitaire il convient de noter que N. est un contrefacteur et qu'un contrefacteur qui, à la suite d'une transaction signerait un accord de licence pour éviter des poursuites civiles ou pénales, ne serait pas en mesure d'obtenir un rabais significatif sur le taux qui lui serait pratiquement imposé; que la Cour a des éléments pour évaluer ce taux à 5% ... »⁹³⁹

Diese Grundsätze sollen auch für das Markenrecht gelten, wenn der Berechtigte die verletzte Marke nicht benutzte oder soweit der Verletzer Umsätze getätigt hat, die der Markeninhaber nicht hätte tätigen können.⁹⁴⁰

⁹³⁷ Paris, 09.02.1995: PIBD 1995, III, p. 241.

⁹³⁸ Paris, 12.11.1991, Annales 1992, 206, 211; bestätigt durch Cass. Comm. 01.03.1994: PIBD 1994, III, p. 287. Ebenso Paris, 01.07.1986: Annales 1986, 279, 289.

⁹³⁹ Paris, 21.02.1991, Annales, 1992, 331, 334.

⁹⁴⁰ Pollaud-Dulian, n° 1467 (ohne Nachweise).

(3) Literatur

In der Literatur wird der Anspruch auf die Lizenzgebühr häufig als eine Abweichung vom Ausgleichsprinzip angesehen. Insbesondere wird die in manchen Entscheidungen gegebene Begründung, wonach der Verletzerzuschlag angemessen sein soll, weil der Verletzer in einer schlechten Verhandlungsposition sei, als wenig überzeugend kritisiert, da es in sich widersprüchlich erscheine, wenn man einerseits zu ermitteln versuche, welches Entgelt vereinbart worden wäre, wenn der Verletzer sich korrekt verhalten und vorab eine entgeltliche Gestattung eingeholt hätte, andererseits jedoch bei der Schätzung den Unrechtsgehalt der ohne Erlaubnis vorgenommenen Nutzung mit einfließen lasse.⁹⁴¹ Manche Autoren begrüßen die aus ihrer Sicht vorliegende Abweichung vom Ausgleichsprinzip ausdrücklich und fordern eine generelle und weiter gehende Abkehr davon. Die Anwendung des Ausgleichsprinzips auf Schutzrechtsverletzungen beruhe ausschließlich auf Richterrecht und könne ebenso durch die Rechtsprechung wieder abgeschafft werden; selbst wenn dies zu einer Bereicherung des Verletzten führen sollte, sei dies immer noch einer Situation vorzuziehen, in der der Verletzer sich an der Verletzung bereichern dürfe.⁹⁴²

Andere halten das Ausgleichsprinzip dagegen für zwingend anwendbar und halten Entscheidungen, die einen Strafzuschlag zusprechen oder sonst über den Schaden hinausgehen, den der Verletzte erlitten hat, für rechtsfehlerhaft.⁹⁴³

c) Nebeneinander von Schadensersatz für entgangenen Absatz und Lizenzgebühr

Auch wenn der Verletzte das Patent selbst durch Vermarktung erfindungsgemäßer Gegenstände auswertet, so dass der ihm entgangene Gewinn grundsätzlich anhand des ihm entgangenen Absatzes bemessen wird, wird ihm eine Lizenzgebühr für solche Verletzungshandlungen zugebilligt, die nicht zu einer Gewinneinbuße in der Form eines Absatzverlustes geführt haben, weil der Verletzte den vom Verletzer

⁹⁴¹ Mousseron/Schmidt D. 1988.350; D. 1993, som.com.378 (Anm. zu Paris v. 12.11.1991); D. 1996, som. com. 20.

⁹⁴² Z. B. Mousseron/Schmidt, D. 1988.350: «Peut-être sommes-nous au départ d'une construction qui préférera la sanction du contrefacteur à l'indemnisation du breveté victime. Si l'un d'eux doit tirer avantage de l'acte de contrefaçon peut-être est-il opportun que ce soit le second. L'économie et la morale y gagneraient, même si le droit devait quelque peu en souffrir.»

⁹⁴³ Mathély in Anm. zu Paris v. 12.11.1991, Annales, 1992, 206, 208f.

erzielten Umsatz nicht hätte erzielen können. In diesem Fall können unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes bei der Schadensberechnung unterschiedlich behandelt werden: Soweit Verletzungshandlungen dazu geführt haben, dass dem Verletzten eigener Absatz entgangen ist, kann der dadurch entgangene Gewinn verlangt werden, und soweit Verletzungshandlungen nicht zu einem Absatzverlust des Verletzten geführt haben, kann für sie eine angemessene Lizenzgebühr verlangt werden.⁹⁴⁴

2. Ermittlung des entgangenen Gewinns bei Urheberrechtsverletzungen

Wenn der Urheber das Recht nutzt, indem er selbst produzierte Gegenstände vermarktet, wird das auch bei gewerblichen Schutzrechten übliche Verfahren angewendet. Andernfalls sprechen die Gerichte dem Verletzten den Betrag zu, den der Verletzer hätte zahlen müssen, wenn er mit dem Verletzten ein Entgelt für die Gestattung der Nutzung des Rechts ausgehandelt hätte.⁹⁴⁵

Manche Entscheidungen geben allerdings Anlass zu Zweifeln darüber, ob derartige Beträge von den Gerichten wirklich als Schadensersatz aufgefasst werden. So spricht das Pariser Appellationsgericht dem Urheber in einer Entscheidung Lizenzgebühren („droits de reproduction“) zu, während es zugleich das Vorliegen eines „préjudice“ verneint.⁹⁴⁶ Das TGI Nanterre befindet, dem Verletzten sei ein „préjudice patrimonial“ in Gestalt der Lizenzgebühren entstanden, die er hätte verlangen können, und diese seien an ihn zu entrichten, nicht entstanden sei jedoch ein „préjudice autorisant l’octroi de dommages et intérêts“⁹⁴⁷.

Diese Sichtweise der Lizenzgebühr dürfte auf Ausführungen von *Desbois* beruhen. Er vertrat Mitte der 1940-er Jahre die Ansicht, dass auf die Lizenzgebühren, die der Verletzte hätte verlangen können, ein verschuldensunabhängiger Anspruch bestehe, den er aus dem Ausschließlichkeitscharakter der fraglichen Rechte herleitete und daher mit der Vindikation verglich:

⁹⁴⁴ Com. 27.10.1992, PIBD 1993, 537. III. 76; Paris, 21.02.1991, Annales, 1992, p. 331.

⁹⁴⁵ TGI Paris 25.04.1969: RIDA, Juli 1970, 153; Paris, 1.10.1990: RIDA, Juli 1991, S. 206, Anm. Kérever (Le Figaro ./ SAVAM); TGI Nanterre, 10.03.1993, RIDA, Juli 1993, 343; TGI Paris (réf), 24.06.1997, RIDA, Okt 1997, 271; TGI Paris, 14.09.1994, RIDA, April 1995, 407; TGI Nanterre, 16.03.1994, RIDA, Okt. 1994, 484.

⁹⁴⁶ Paris, 27.10.1992: RIDA, April 1993, p. 229.

⁹⁴⁷ TGI Nanterre, 16.03.1994, RIDA, Okt. 1994, 484 [495f].

«Les droits de reproduction et d'exécution constituent des prérogatives exclusives, absolues, dont l'exercice est discrétionnaire de la part des créateurs d'œuvres littéraires et artistiques. Lors donc qu'une violation quelconque en aura été commise, les intéressés seront fondés à exiger qu'un terme soit mis à l'usurpation, même si celle-ci ne leur a causé aucun préjudice, même si la moindre négligence ne peut être reprochée à leurs adversaires. Ils disposent d'une action de même nature que la revendication, parce que leurs prérogatives participent de certains caractères de la propriété des biens matériels, en raison du caractère exclusif et absolu. C'est pourquoi l'artiste qui n'a pas été appelé à autoriser une reproduction peut exiger *ad nutum* que soit arrêtée la mise en circulation des copies illicites ; par voie de symétrie, le dramaturge ou le compositeur, qui ne peut exiger une *restitutio ad integrum* proprement dite, aura du moins la ressource de recevoir, à titre rétrospectif, le paiement des redevances inhérentes aux représentations irrégulières, qui équivaudra à une restitution dans le cadre de l'action en revendication (...) Ces redevances ne constituent pas des dommages-intérêts, de même que la restitution du bien volé ne se confond pas avec l'allocation d'une indemnité d'ordre délictuel, quasi-délictuel ou contractuel. *Les dommages-intérêts interviendront, s'ajouteront aux prestations d'auteur, lorsque le défendeur sera convaincu d'avoir, non seulement usurpé les prérogatives du créateur, mais commis un acte de mauvaise foi, une négligence ou une imprudence.* »⁹⁴⁸ (Hervorhebung im Original)

Im weiteren Verlauf des Aufsatzes wies er darauf hin, dass es „à l'étranger“ üblich sei, einen derartigen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu gewähren. Er könnte demnach vom deutschen und österreichischen Bereicherungsrecht inspiriert gewesen sein.⁹⁴⁹ Die Anwendung des Bereicherungsrechts im französischen Recht stößt im französischen Recht aus verschiedenen Gründen auf Hindernisse (dazu unten E.), so dass die Grundlage des von *Desbois* postulierten Anspruchs seltsam unklar bleibt.

Während die Instanzgerichte, wie gezeigt, zum Teil diesen Ansatz übernommen zu haben scheinen, stützt die höchstrichterliche Rechtsprechung dies zwar im Ergebnis, bleibt dabei jedoch bei einer dezidiert schadensersatzrechtlichen Begründung. So lehnte der Kassationshof einen Angriff gegen eine Entscheidung, die der Verwertungsgesellschaft SACEM als Schadensersatz für die unerlaubte

⁹⁴⁸ Desbois, D., 1947, Anm. zu Limoges v. 09.12.1946, Seite 519, 522.

⁹⁴⁹ Vgl. dazu oben Teil 2 D. Wilburg hatte freilich seinerseits in der älteren französischen Lehre bereits ähnliche Gedanken gefunden, die sich nicht durchgesetzt hatten, vgl. Wilburg, S. 94ff.

Wiedergabe von Musikstücken den Betrag zusprach, den sie erhalten hätte, wenn der Verletzer Verträge mit ihr geschlossen hätte, mit der Begründung ab, bei der Vergütung, die die SACEM erhalten hätte, wenn der Verletzer Verträge mit ihr abgeschlossen hätte, handele es sich eben um deren Schaden:

« Attendu que M. B. reproche à la cour d'appel d'avoir mis à sa charge deux sommes équivalentes au minimum garanti qu'auraient assuré à la SACEM des contrats généraux de représentation, alors, selon le premier moyen, que le seul dommage était celui qui résultait de la contrefaçon constituée par des diffusions non autorisées, et non pas du refus non fautif de M. B. de conclure avec elle des contrats de représentation (...). Mais attendu que c'est pour évaluer le préjudice causé à la SACEM par les diffusions illicites dont M. B. s'est rendu coupable que la cour d'appel a recherché, à titre d'élément d'appréciation, quel profit cette société aurait retiré d'une exploitation licite (...) »⁹⁵⁰

Der Kassationshof hat sogar eine Entscheidung, in der der Tatrichter den Schaden nicht auf diese Weise ermittelt, sondern auf andere Art frei geschätzt hatte, als rechtsfehlerhaft aufgehoben:

« (...) [L]e critère de l'indemnisation était nécessairement en l'espèce la rémunération que la SACEM aurait demandée et perdue si son autorisation avait été non pas violée, mais obtenue, rémunération dont l'arrêt exclut lui-même préalablement tout abus; qu'en s'y refusant sur le fondement d'une appréciation personnelle du juge, liée à diverses considérations, la Cour a violé les textes susvisés ». ⁹⁵¹

Gautier versteht die Gewährung der Lizenzgebühr als Anwendungsfall der Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden, da nicht sicher ist, ob es zu einem Vertrag zwischen den Parteien gekommen wäre. Er weist kritisch darauf hin, dass die Rechtsprechung zum Anspruch auf die Lizenzgebühr nicht mit diesen Grundsätzen vereinbar sei, da dem Inhaber des verletzten Rechts mit der Lizenzgebühr 100% dessen zugesprochen werde, was der Geschädigte bei Realisierung der Erwerbchance erhalten hätte.⁹⁵²

⁹⁵⁰ Cass., 1^{re} civ., 29.11.1989: RIDA, April 1990, 206. Ähnlich bereits Cass., 1^{re} civ., 25.01.1984, RIDA Juli 1984, 148 [150] (« SNEPA ./ Radio France », auf art. 1382 C. c. gestützt): « en relevant qu'ils avaient été privés de la contrepartie qu'ils étaient en droit d'attendre de leur autorisation, la Cour d'appel a constaté l'existence du préjudice subi par les artistes exécutants et interprètes »; Civ. 1^{re}. 10.02.1987, Bull. civ. I, n° 49 am Ende.

⁹⁵¹ Crim. 20.06.1990: RIDA, Oktober 1990, S. 274, 276.

⁹⁵² Gautier n° 439, S. 739, Fn. 3. Zur Theorie der perte d'une chance s. o. C. I. 2.

In einer weiteren Entscheidung wandte die Beklagte, Radio France, ein, die Popularitätssteigerung, die die ungenehmigte Ausstrahlung ihrer Werke den Künstlern eingebracht habe, müsse auf den ihnen etwa entgangenen Gewinn angerechnet werden. Dies lehnte der Kassationshof mit der Begründung ab, dass nicht anzunehmen sei, dass die Künstler wegen der Möglichkeit, einen derartigen Vorteil zu erzielen, auf ihre übliche Vergütungsforderung verzichtet hätten.⁹⁵³

3. Ermittlung des entgangenen Gewinns bei „concurrency déloyale“ und „agissement parasitaire“

Bestehen wettbewerbsrechtliche Ansprüche, kann der Schaden des Verletzten auf der Basis des bei ihm eingetretenen Umsatzrückgangs geschätzt werden, sofern angenommen werden kann, dass gerade die Wettbewerbsverletzung für den Umsatzrückgang kausal war.⁹⁵⁴ Die Gerichte nutzen den Spielraum der ihnen zubilligten „appréciation souveraine“ und schätzen den Schaden, wenn ihnen dies angemessen erscheint.⁹⁵⁵ Nach einer Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts ist der Schaden bereits zu schätzen, wenn der Verletzte die Verletzung nachgewiesen hat:

« Considérant qu'est dépourvu de pertinence le moyen d'E. selon lequel B., ne justifiant pas d'un préjudice exactement quantifié, ne pourrait prospérer en ses demandes; que la preuve d'un préjudice chiffré n'est pas une condition nécessaire au succès d'une telle demande dès lors que, de la démonstration (faite au cas d'espèce) d'un risque de confusion entre deux revues concurrentes s'infère nécessairement l'existence d'un préjudice; que des confusions entre ces deux revues se sont inévitablement produites entraînant par là même une perte de clientèle, et une baisse du chiffre d'affaires; qu'en outre, E. a tiré profit par parasitisme de la notoriété de B.; que la Cour, en l'absence d'éléments plus précis que ne lui fournit pas l'intimée, évaluera le préjudice de cette dernière à la somme de 80 000 F. »⁹⁵⁶ (Hervorhebung von mir; zum auch erwähnten « parasitisme » s. noch unten V.)

⁹⁵³ Cass., 1^{re} civ., 25.01.1984, RIDA Juli 1984, 148 [150] (« SNEPA ./ Radio France »).

⁹⁵⁴ Paris, 16.01.1980: D. 1981, p. 564 ; Courtieu, Juris-Classeur Responsabilité civile, Fasc. 132-1, n° 54, n° 75.

⁹⁵⁵ S. o. C. II.

⁹⁵⁶ Paris, 08.04.1993, PIBD 1993, 549.III. 471.

Die Schätzung eines Mindestschadens ist jedoch nicht zwingend; es kann auch lediglich eine symbolische Summe zugesprochen werden.⁹⁵⁷

Wenn eine Verletzung des Urheberrechts („contrefaçon“) oder eines gewerblichen Schutzrechts vorliegt, kann die Feststellung, dass dies zugleich einen Akt der „concurrency déloyale“ oder ein „agissement parasitaire“ darstellt, zu einer Erhöhung des zugesprochenen Schadensersatzbetrages führen. Das setzt voraus, dass die Haftung auf Tatsachen gestützt werden kann, die zusätzlich zur „contrefaçon“ als solcher vorliegen und ein darauf beruhender, gesonderter Schaden festgestellt werden kann.⁹⁵⁸ An dessen Darlegung werden häufig keine hohen Anforderungen gestellt. Einen Revisionskläger, der rügte, das Berufungsgericht habe die Zuerkennung des zusätzlichen Schadensbetrages nicht begründet, beschied der Kassationshof:

« (...) que la cour d'appel a retenu que les produits imités dans le but d'entretenir une confusion totale avec les produits originaux étaient vendus à un prix beaucoup plus faible que ceux-ci et que l'offre à la vente dans de telles conditions était constitutive de concurrence déloyale; que la cour d'appel a ainsi fait apparaître que la société M. subissait, par suite des actes de concurrence déloyale commis par la société C., un préjudice distinct de celui résultant de la contrefaçon de ses modèles; d'où il suit que le moyen n'est pas fondé ».⁹⁵⁹

In der Literatur wird wohl auch in Anbetracht solcher Entscheidungen angezweifelt, dass der Anspruch wegen „concurrency déloyale“ auf andere tatsächliche Umstände gestützt werde und einen anderen Schaden betreffe als die „action en contrefaçon“.⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ Courtieu, *Juris-Classeur Responsabilité civile*, Fasc. 132–1 n° 75.

⁹⁵⁸ S. o. A. I. 3.

⁹⁵⁹ Com. 21.04.1992, *PIBD* 1992. 531. III. 562, 563.

⁹⁶⁰ Gautier n° 435.

4. Ermittlung des entgangenen Gewinns bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Die Frage, ob durch die Verletzung von Persönlichkeitsrechten überhaupt ein Vermögensschaden entstehen kann, stellte sich zuerst in Fällen, in denen mit Zustimmung der Abgebildeten aufgenommene Bilder ohne deren Zustimmung kommerziell verwertet wurden. Die Gewährung einer finanziellen Entschädigung wurde zunächst abgelehnt:

« [S]i la publication du portrait photographique d'une personne sans autorisation autorise cette personne à demander outre la retrait des épreuves et photographies publiées, des dommages-intérêts, encore faut-il, pour que les dommages-intérêts soient accordés, que la publicité ait été faite dans un but malicieux et avec intention de nuire »⁹⁶¹ (Hervorhebung von mir).

Dies wurde so verstanden, dass Schadensersatz in Geld ausschließlich wegen der Verletzung immaterieller Interessen verlangt werden könne, d. h. wegen der Publikation eines Bildes, das unvorteilhaft, indezent o. ä. ist. Als jedoch Werbeverträge und Publicity-Aktionen prominenter Künstler und Sportler üblich wurden und auch die unautorisierte Benutzung von deren Bildern zu Werbezwecken um sich griff, vollzog die Rechtsprechung in den 1960-er Jahren eine Wendung. Zunächst wurde zwei Prominenten Schadensersatz für eine ungenehmigte gewerbliche Nutzung ihrer Fotos zugesprochen, obgleich die Fotos jeweils als solche nicht zu beanstanden waren und ihre Publikation auch der Karriere der Betroffenen keinerlei Schaden zugefügt, ihnen im Gegenteil sogar mehr Publicity verschafft hatte.⁹⁶² Daraus, dass das Gericht ihnen trotzdem mehr als einen symbolischen Franc zusprach, wurde geschlossen, dass hier Ersatz für die Vergütung zugesprochen worden war, die die Abgebildeten für die Gestattung der Publikation hätten verlangen können.⁹⁶³ Dies bestätigte sich in der Folgezeit, als ähnliche Entscheidungen in Bezug auf weniger bekannte Personen und sogar auf nicht Prominente ergingen⁹⁶⁴ und schließlich auch ausdrücklich damit begründet wurden, dass das materielle Interesse des Verletzten am Erhalt einer Vergütung verletzt sei:

⁹⁶¹ Tribunal civil de Strasbourg v. 04.05.1949, D. 1950, Som. 12 (Aufnahme einer Elsässerin in traditioneller Tracht, kommerzielle Auswertung).

⁹⁶² Paris 1.12.1965: JCP 1966.2.14711 („Petula Clark“); Cass. Civ. Ire, 20.6.1966: JCP 1966.2.14890 („Brialy“).

⁹⁶³ Lindon in Anm. zu Paris 1.12.1965: JCP 1966.2.14711 („Petula Clark“), ebd; sowie in Anm. zu Cass. Civ. Ire, 20.6.1966: JCP 1966.2.14890 („Brialy“), ebd.

⁹⁶⁴ TGI Paris, 12.12.1984: D. 1985, Inf. rap. 323 (professionnelle Mannequins); TGI Marseille, 06.06.1984: D. 1985, Inf. rap. 323 (Fischer in traditioneller Kleidung auf öffentlichem Grund fotografiert, Foto als Postkarte verwertet).

« [L]e préjudice subi par Mlle B. résultait essentiellement de la perte de la rémunération qu'elle aurait pu percevoir si son autorisation aurait été demandée »⁹⁶⁵.

Zum Teil wird dabei deutlich zwischen einer Verletzung des « droit extra-patrimonial » und einer Verletzung des „droit patrimonial“ unterschieden; so präzisiert das TGI Lyon in einer Entscheidung, die den Gebrauch von Fotografien von Profi-Basketballspielern zu Werbezwecken betraf, deren „droit extra-patrimonial“ sei nicht berührt, da die Aufnahmen in der Öffentlichkeit aufgenommen worden und nicht zusammen mit einem herabsetzenden Kommentar veröffentlicht worden seien, jedoch sei das „droit patrimonial“ der Spieler verletzt, da man nicht ihre entgeltliche Erlaubnis für die Benutzung der Fotos zu Werbezwecken eingeholt habe.⁹⁶⁶ Demgegenüber wird in anderen Entscheidungen angenommen, eine Verletzung eines immateriellen Interesses könne bereits darin liegen, dass der Eindruck erweckt werde, dass der Kläger die Benutzung seines Bildes zu Werbezwecken gestattet habe.⁹⁶⁷

Das Appellationsgericht von Nîmes bezeichnete den Schaden ebenfalls als entgangenen Gewinn, ließ die Frage nach der Grundlage dieses Anspruchs allerdings offen:

« [L]a publicité donnée à la photographie d'un être humain, sans que ce dernier ait donné son consentement, s'analyse comme une violation des droits résultant de l'article 9 du Code civil, susceptible de lui causer un préjudice, soit que la violation de l'article 9 du Code civil soit la conséquence de l'inapplication d'un contrat, soit que cette violation résulte d'une faute quasi-délictuelle; [...] il apparaît des pièces versées au débat que [le demandeur] n'a donné son consentement à aucune des parties au procès pour publier sa photographie, et [...] la publicité ainsi réalisée lui a causé un préjudice s'analysant en un manque à gagner... »⁹⁶⁸

⁹⁶⁵ Paris, 9.11.1982: D. 1984.30, 31. Ähnlich TGI Marseille, 06.06.1984: D. 1985. Inf. rap. 323 („son préjudice résultant de ce qu'il n'a pas été associé aux profits ainsi réalisés“); TGI Lyon, 17.12.1980, D. 1981, 202, m. Anm. Lindon und Amson (« il a subi une atteinte à son droit patrimonial sur cette image, dès lors que, sans son consentement, la société [défenderesse] a utilisé les photographies litigieuses pour vanter la qualité de ses [produits] »)

⁹⁶⁶ TGI Lyon, 17.12.1980, D. 1981, 202.

⁹⁶⁷ S. nachfolgend IV. 1.

⁹⁶⁸ Nîmes 7.1.1988: JCP 1988. II. 21059 (zugesprochene Summe: 5.000 F.).

Die Erwähnung der „Nichtanwendung eines Vertrages“ oder eines quasivertraglichen Fehlverhaltens als möglicherweise anspruchsauslösendes Element zeigen, dass der Schadensersatzanspruch in Bestand und Höhe davon abhängt, was der Verletzte bei Abschluss eines Vertrages über die vorgenommene Nutzung als Entgelt hätte erhalten können.⁹⁶⁹ Die Höhe des Schadens hängt dementsprechend von dem Nachweis ab, dass der Verletzte die von ihm geforderte Summe für die Gestattung der Nutzung hätte verlangen können; kann dieser Nachweis nicht geführt werden, erhält der Verletzte lediglich einen symbolischen Betrag.⁹⁷⁰

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, die gleichen Grundsätze sollten auch auf die Nutzung von Informationen über das Privatleben Prominenter angewandt werden, da diese sie nun einmal kommerziell verwerten könnten und tatsächlich darüber auch Verträge geschlossen würden, was legal sei, solange die Information inhaltlich nicht gegen den „ordre public“ verstoße.⁹⁷¹ Von der Rechtsprechung ist dies, soweit ersichtlich, bisher nicht anerkannt.⁹⁷²

IV. Nichtvermögensschäden („dommage moral“)

1. Persönlichkeitsrechte

Die Verletzung eines immateriellen Interesses durch eine Persönlichkeitsrechtsverletzung führt zur Zusprechung von Schadensersatz in Geld, wenn dies nicht durch Maßnahmen zur Unterbindung der Störung ausgeglichen werden kann, z. B. weil die Verbreitung der Publikation nicht mehr verhindert werden kann oder dies unverhältnismäßig wäre.⁹⁷³

⁹⁶⁹ Vgl. auch die Entscheidung des TGI Tarascon, 02.07.1982, D. 1983, 394, in der einer Person ein angemessenes Entgelt aus „quasi-contrat“ zugesprochen wurde. Der Abgebildete war freiwillig als Laiendarsteller für Werbeaufnahmen durch die Camargue galoppiert, hatte sich danach jedoch darüber geärgert, dass ihm dafür keinerlei Vergütung gezahlt wurde. Das Gericht verneinte eine Verletzung des Rechts am eigenen Bild, sprach ihm jedoch eine angemessene Vergütung dafür zu, dass er seine reiterlichen Fähigkeiten zu Gunsten der Beklagten eingesetzt hatte.

⁹⁷⁰ Paris, 05.12.1988: D. 1990. somm. 239 (Reduktion auf 1 F.).

⁹⁷¹ Saint-Pau in Anm. zu Cass. civ. 1re, 12.12.2000: D. 2001. Jur. 2434, ebd. [2439] ; ablehnend noch Lindon und Amson in Anm. zu Paris, 26.03.1987: D. 1987. somm. 384 u.a., ebd., 387, r. Sp.

⁹⁷² Abgelehnt durch Cass. 1^{re} civ., 17.11.1987, Bull. Civ. I, n° 301 mit der Begründung, es handele sich bei dem Verletzergewinn nicht um entgangenen Gewinn des Verletzten.

⁹⁷³ Paris, 19.06.1987: JCP 1988.II.20957; Cass. 1^{re} civ., 12.12.2000: D. 2001. Jur. 2434.

Eine derartige Verletzung kann bereits darin liegen, dass beim Publikum der Eindruck erweckt wird, der Verletzte habe der Publikation zugestimmt, wenn er dies nicht zu tun pflegte.⁹⁷⁴

Die Rechtsprechung betont, dass ausschließlich die beim Verletzten eingetretenen Schäden über die Höhe des Ersatzes bestimmen, nicht dagegen täterbezogene Merkmale wie insbesondere der Verschuldensgrad:

« Considérant que les dommages-intérêts sont destinés à réparer le préjudice subi, et ne doivent pas varier en fonction de la gravité de la faute commise... »⁹⁷⁵

Früher war es üblich, Nichtvermögensschäden lediglich durch Zusprechung eines „symbolischen Franc“ auszugleichen.⁹⁷⁶ Schwere Verletzungen können heute jedoch zur Zusprechung durchaus nennenswerter Beträge führen. Dafür, wann ausschließlich symbolischer Schadensersatz zugesprochen wird, scheint es keine feste Regel zu geben. Gelegentlich scheint noch die Vorstellung eine Rolle zu spielen, dass besonders hochstehende Persönlichkeiten derartige Klagen nicht aus pekuniären Motiven heraus anstrengen.⁹⁷⁷ Im Allgemeinen scheint jedoch heute die Höhe des Nichtvermögensschadens proportional zur Schwere der Kränkung zu sein⁹⁷⁸, so dass die Zusprechung ausschließlich symbolischen Schadensersatzes darauf hindeutet, dass das Gericht die Verletzung als wenig schwer wiegend betrachtet. So sprach das Pariser Appellationsgericht einem Sänger lediglich einen symbolischen Franc wegen der Verletzung seiner Privatsphäre zu, weil er diese durch freiwillige öffentliche Einlassungen bereits kompromittiert hatte.⁹⁷⁹ Auch in

⁹⁷⁴ Paris, 20.05.1987: D., 1987, somm. 384, 1re esp. (50.000 F.): « La reproduction du cliché à des fins mercantiles pouvant laisser croire que l'intéressé faisait lui-même une utilisation patrimoniale de son image constitue donc une atteinte au droit que le coureur a sur l'utilisation de son image et il importe de réparer le préjudice subi par le sportif ».

⁹⁷⁵ Paris, 26.04.1983, D. 1983. 376; im Ergebnis erhielt das Gericht jedoch die Entscheidung der Vorinstanz aufrecht, die den Hinterbliebenen eines Prominenten, der ohne das Einverständnis der Familie auf dem Totenbett fotografiert worden war, 100.000 F. zugesprochen hatte; die Beklagte hatte dies als reine Sanktion angegriffen.

⁹⁷⁶ TGI de la Seine, 24.11.1965, JCP 1966.II.14521 = D. 1967, 450 (Brigitte Bardot; Recht am eigenen Bild und Recht auf ungestörtes Privatleben); Paris 27.04.1971, JCP 1971. II. 16804.

⁹⁷⁷ Paris, 02.07.1997: D. 1997. Jur. 596: Veröffentlichung eines heimlich aufgenommenen Fotos von F. Mitterrand auf dem Totenbett; 1 F. Schadensersatz für jeden Hinterbliebenen; vielleicht wurde jedoch auch angenommen, dass die hier zugleich fällige Strafe („amende“) das Bedürfnis der Angehörigen nach Genugtuung bereits befriedigte.

⁹⁷⁸ Paris 11.02.1987, Gaz. Pal. 1987. 1. 138 (symbolischer Schadensersatz); Paris, 05.12.1988: D. 1990, somm. 239 (Recht am eigenen Bild, symbolischer Schadensersatz); Paris, 05.06.1979, JCP 1980.II.19343 (Romy Schneider, Nacktfoto, 20.000 F.); Paris, 04.01.1988: D. 1989 som. Amson 92 (Behauptung, die Ehefrau eines Ministers werde wegen ihrer Dummheit von dessen Familie als « buse » bezeichnet: 30.000 F.); Paris, 27.10.1986, Gaz. Pal. 1987, 1 doct. 95, annexe (Vorwurf der Kollaboration während der deutschen Besetzung, Behauptung, der Betreffende habe eine zynische, menschenverachtende Einstellung, u. a.: 100.000 F.)

⁹⁷⁹ Paris, 28.02.1989: JCP 1989. II. 21325, 2^e esp.; vgl. a. Paris, 26.03.1987 und TGI Paris, 4.3.1987: D. 1987, somm. 386.

einem derartigen Fall kann es jedoch dann zur Zusprechung eines höheren Betrages kommen, wenn das Presseorgan anderweitig getane Äußerungen des Betroffenen so zusammengefasst hat, dass der falsche Eindruck erweckt wird, er habe sie genau so in einem Interview mit ihm geäußert.⁹⁸⁰

Wenn ein Nichtvermögensschaden lediglich darin liegt, dass der Anschein erweckt wird, der Betroffene habe sein Bild zu kommerziellen Zwecken vermarktet, ohne dass ihm eine darüber hinausgehende Kränkung zugefügt wurde, ist der Nichtvermögensschaden nach einer Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts durch eine Summe auszugleichen, die deutlich geringer zu sein hat als diejenige, die der Verletzte für die Gestattung der Nutzung hätte verlangen können:

« La réparation adéquate de ce préjudice, de caractère moral, est assurée par une juste indemnité, dont le montant ne soit pas de nature à suggérer l'indemnisation d'un manque à gagner, ainsi que par une mesure de publication ». ⁹⁸¹

Dies stößt auf Kritik, weil der Schadensersatzanspruch so wenig geeignet sei, weitere Verletzungen zu verhindern.⁹⁸²

Das wohl wichtigste Kriterium für die Schwere der eingetretenen Verletzung neben der Art der Veröffentlichung ist der Grad der Verbreitung der rechtsverletzenden Publikation. So kann sich der Schadensersatz verringern, wenn sie nur in geringer Auflage verbreitet wurde,⁹⁸³ eine Veröffentlichung in einer Publikation mit sehr großer Verbreitung kann dagegen zu hohen Schadensersatzbeträgen führen⁹⁸⁴. Dies wird in der Literatur gebilligt; insbesondere meint *Lindon* (der häufig beklagt, dass die zugesprochenen Beträge so gering seien, dass weiterhin Verletzungen begangen würden, weil diese sich lohnten), dass dies die Möglichkeit gewähre, präventiv wirkende Beträge zuzusprechen, ohne sich dem Vorwurf aus-

⁹⁸⁰ Paris, 27.01.1989, JCP 1989.II. 21325, 1^{re} esp. (50.000 F.).

⁹⁸¹ Paris, 20.05.1987: D., 1987, somm. 384, 2e esp. (Summe gegenüber der 1. Instanz von 200.000 auf 10.000 F. herabgesetzt). Vgl. aber auch Paris, 20.05.1987: D., 1987, somm. 384, 1re esp.: 50.000 F.

⁹⁸² Lindon und Amson in ihrer Anmerkung zu Paris, 20.5.1987: D., 1987, somm. 384, 2e esp.

⁹⁸³ TGI Paris 27.02.1974, D. 1974.530; TGI Paris, 07.06.1977, D. 1978, jur. 18.

⁹⁸⁴ Paris 04.01.1988, D. 1989 som. Amson, 92 ; TGI Paris 11.7.1973: JCP 1974.2.17600: (bretonische Bauernfamilie, Abbildung auf landesweit verbreitetem Werbeplakat der Kommunistischen Partei, 20.000 F.; das Gericht berücksichtigte dabei anspruchsmindernd, dass der Prozess in den Medien Aufmerksamkeit erregt hatte, so dass bekannt geworden war, dass der Kläger die Partei nicht unterstützte, meinte aber, dass ein ausgleichender immaterieller Schaden insofern weiter bestehe, als der Kläger gegen seinen Willen zum Wahlergebnis der Partei beigetragen habe); Paris, 04.01.1988, D. 1989, somm. 92 (250.000 F.).

zusetzen, es handele sich um Privatstrafen.⁹⁸⁵ *Douaoui* schlägt sogar vor, den Schadensersatz an den Kosten der verletzenden Publikation zu orientieren, räumt jedoch ein, dass ein derartiges Verfahren sich auf halbem Wege zwischen Schadensersatz (da sich der Betrag immerhin am Verbreitungsgrad orientiere) und Sanktion befände.⁹⁸⁶

Allgemeine Leitlinien lassen sich aus diesen Entscheidungen nicht ableiten. In einer Entscheidung zum Recht auf ein ungestörtes Privatleben hat der Kassationshof sogar erklärt, der Betrag des Schadens könne frei („souverainement“) geschätzt werden, wenn nur der Betroffene nachgewiesen habe, dass ein immaterielles Interesse verletzt wurde.⁹⁸⁷ Dies stellt eine weitere Abweichung von art. 1382 C. c. dar⁹⁸⁸, da nach den allgemeinen Regeln von dem Geschädigten zumindest Anhaltspunkte für die Höhe des Schadens dargelegt und bewiesen werden müssen⁹⁸⁹. Der Kritik, durch diese Rechtsprechung werde dem Verletzten unter Verstoß gegen art. 1382 C. c. eine Privatstrafe zuerkannt⁹⁹⁰, begegnete der Kassationshof, indem er erklärte, dass nach dem insoweit vorgehenden art. 9 C. c. allein die Verletzung als solche den Anspruch begründe. Daraus wird in der Literatur zum Teil geschlossen, dass mit diesem Anspruch reine Strafzwecke verfolgt würden.⁹⁹¹ *Laulom* meint allerdings, die Bedeutung der erwähnten Entscheidung des Kassationshofs sei insofern begrenzt, als die Höhe des zuerkannten Betrages sich letztlich doch, wie zuvor, an bestimmten Kriterien, etwa der Schwere der Verletzung oder der Frage, ob der Verletzte zuvor selbst Indiskretionen begangen habe, orientieren müsse; das Gericht habe sich allerdings durch die Loslösung von art. 1382 C. c. noch mehr Spielraum geschaffen, um der Sensationspresse entgegenzutreten zu können.⁹⁹²

Materielle und immaterielle Schäden können kumulativ geltend gemacht werden. So flossen sowohl vermögensrechtliche als auch nichtvermögensrechtliche Aspekte in die Bemessung des Schadensersatzes für die Ausstrahlung der Parodie

⁹⁸⁵ Lindon in Anm. zu Paris, 26.04.1983, D. 1983, 376.

⁹⁸⁶ Douaoui, D. 2001 chron. 1333, 1339.

⁹⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 05.11.1996: D. 1997, Jur. 403 und Somm. 289; Cornu n° 518.

⁹⁸⁸ Neben dem Umstand, dass der Verletzte kein spezifisches Fehlverhalten des Verletzers („faute“) nachweisen muss, sondern diese bereits in der Rechtsverletzung gesehen wird, ohne dass der Verletzer sich entlasten könnte.

⁹⁸⁹ Vgl. Paris, 5.12.1988: D. 1990, somm. 239 für die Geltendmachung eines materiellen Schadens.

⁹⁹⁰ So die Revision in Cass. 1^{re} civ., 5.11.1996: D. 1997, Jur. 403.

⁹⁹¹ Jourdain in Anm. zu Cass. 1^{re} civ., 5.11.1996: D. 1997, Somm. 289.

⁹⁹² Laulom, Anm. zu Cass. 1^{re} civ., 5.11.1996: D. 1997, Jur. 403, ebd.

einer autorisierten Fernsehwerbung ein, die als Persönlichkeitsverletzung bewertet wurde: Der abgebildete Schauspieler erhielt eine Entschädigung dafür, dass der Anschein erweckt worden sei, er habe der Ausstrahlung der Parodie zugestimmt (Nichtvermögensschaden); zugleich wurde der materielle Aspekt berücksichtigt, dass er deshalb möglicherweise in Zukunft nicht mehr für Werbefilme engagiert werden könnte.⁹⁹³

2. Urheberrecht

Ein Nichtvermögensschaden eines verletzten Urhebers oder Herausgebers kann sich z. B. aus der Missachtung seiner Rechte, aus enttäuschem Vertrauen in einen Vertragspartner⁹⁹⁴ sowie daraus ergeben, dass das Werk ohne seine Zustimmung mit einem kommerziellen Produkt in Verbindung gebracht worden ist.⁹⁹⁵

3. Gewerbliche Schutzrechte

Gelegentlich wird die Verletzung eines Rechts als solches („atteinte au droit privatif“), eine Rufschädigung oder ein durch eine Schutzrechtsverletzung oder einen Akt unlauteren Wettbewerbs hervorgerufener sogenannter «trouble commercial» durch Zusprechung von Schadensersatz sanktioniert. Mitunter wird dann davon gesprochen, dass kein konkreter wirtschaftlicher Schaden des Berechtigten vorliege und es sich um den Ersatz eines „dommage moral“ auslöse. Da die Qualifizierung dieser Schäden als Nichtvermögensschäden jedoch nicht allgemein anerkannt zu sein scheint, werden sie nachfolgend unter V. mit analysiert.

⁹⁹³ TGI Paris, 04.10.1989 : D. 1990. somm. 240 (100.000 F.).

⁹⁹⁴ Paris, 29.09.1995, RIDA, April 1996. 300.

⁹⁹⁵ TGI Nanterre, 16.03.1994, RIDA, Oktober 1994, 484, 495.

V. Schwer klassifizierbare Schäden

1. „Atteinte au droit“, „trouble commercial“

In einigen Entscheidungen wird dem Verletzten neben entgangenem Gewinn oder auch – bei Nichtfeststellbarkeit eines entgangenen Gewinns – ausschließlich eine Entschädigung wegen der Verletzung seines Rechts als solches zugesprochen:

«[L]a seule atteinte au droit de propriété résultant du brevet, indépendamment de toute exploitation commerciale génératrice d'une perte économique, caractérise un préjudice dont [la brevetée] est fondée à demander réparation».⁹⁹⁶

Danach ist etwa im Markenrecht auszugleichender Schaden entstanden, selbst wenn es nicht zu einer Nutzung des verletzenden Zeichens gekommen ist⁹⁹⁷ oder der Markeninhaber die Marke gar nicht benutzt⁹⁹⁸.

Die nähere Charakterisierung des so ausgeglichenen Schadens fällt solchen Entscheidungen nicht einheitlich aus. In einigen Fällen wird der Schaden durch die „atteinte au droit privatif“ als *Nichtvermögensschaden*, „dommage moral“, bezeichnet:

«Considérant qu'en ayant, par ses actes de contrefaçon et d'imitation frauduleuse, porté atteinte aux droits privatifs résultant pour R. du dépôt de sa marque, B. a incontestablement causé un préjudice moral à R.; qu'il a pu lui causer aussi un préjudice matériel, mais que celui-ci n'est point établi, R. ne produisant aucune preuve à son sujet.»⁹⁹⁹

Eine „atteinte au droit privatif“ oder „au monopole“ kann bei einem Akt unlauteren Wettbewerbs nicht vorliegen, da dabei nicht in ein absolutes Recht eingegriffen wird, das dem Inhaber ein Monopol gewährt. Eine ähnliche Funktion wie das Konzept der „atteinte au monopole“ scheint dann das Konzept des „trouble commer-

⁹⁹⁶ Toulouse, 05.04.2000: PIBD 2000, III, p. 404, 407. Ebenso Paris, 06.05.1975: Annales, 1975, 233 (Markenrecht); Paris 11.02.1975, Annales 1975, 238 (Markenrecht); Belfort RIPIA 2000, n° 201, 72, 74.

⁹⁹⁷ Paris, 17.05.1990: PIBD 1990, III, p. 650; Paris, 11.03.1991: PIBD 1991, III, p. 544; Paris, 15.06.1976, Annales, 1977, p. 145; Paris, 22.09.2000: Annales 2001, 52 (« indemnité de principe », 1 F.).

⁹⁹⁸ Paris, 06.05.1975, Annales, 1975, p. 233.

⁹⁹⁹ Paris, 22.01.1974, Annales, 1974, p. 256, 258. Einen «dommage moral» ausgleichen sollte wohl auch die « indemnité de principe » von 1 F. durch Paris, 22.09.2000: Annales 2001, 52.

cial“ zu erfüllen. Dieser wird mitunter als Folge jeder Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts oder urheberrechtlich geschützten Rechts oder auch eines Akts unlauteren Wettbewerbs angesehen. Auch hier scheint sich die Rechtsprechung nicht immer im Klaren darüber zu sein, ob es sich um einen Vermögensschaden oder um einen Nichtvermögensschaden handelt:

« [I]l découle nécessairement des actes déloyaux constatés par la cour d’appel l’existence d’un préjudice, fût-il moral, pour le demandeur, résultant des procédés fautifs utilisés par une société concurrente ». ¹⁰⁰⁰

Le Tourneau erklärt dieses Konzept für das Wettbewerbsrecht damit, dass die Machenschaften des Verletzers in derartigen Fällen das reguläre Marktgeschehen verfälschten („faussent le jeu normal du marché“). Dies sehe die Rechtsprechung zutreffend als eigenständigen, unabhängig von der Hervorrufung einer Verwechslungsgefahr, bestehenden Schaden an. ¹⁰⁰¹

Damit bleibt allerdings offen, worin der Schaden des Klägers dadurch, dass das „reguläre Marktgeschehen verfälscht wird“, nun genau bestehen soll. Es erscheint auch zweifelhaft, dass das Konzept der „atteinte au droit“ bzw. des „trouble commercial“ in der soeben dargestellten Form wirklich allgemein akzeptiert ist, denn es kommt auch vor, dass in Verletzungsfällen ein behaupteter Schaden in der Form einer „atteinte au droit“ oder „dépréciation du monopole“ mangels näherer Darlegungen zur Schadenshöhe abgelehnt wird. ¹⁰⁰² Dies ist unvereinbar mit der Annahme, dass in der Verletzung immer zugleich eine „atteinte“ liege bzw. ein „trouble commercial“ verursacht werde, was ohne weiteres ohne Nachweis einer besonderen wirtschaftlichen Einbuße auszugleichen sei. So hat der Kassationshof in der Entscheidung „Kenzo“ ein Urteil aufgehoben, durch das dem Inhaber einer Marke eine ausdrücklich als „indemnité de principe“ bezeichnete Summe wegen

¹⁰⁰⁰ Cass. Com., 27.02.1996: D. 1997, somm. 104, obs. Serra (Unterlassungsklage). Annahme eines „dommage moral“ bereits u. a. in Com. 19.01.1981, D. 1982 inf. rap. 204 obs. Serra, und Cass. Com., 06.01.1987: D. 1988, somm. p. 211 obs. Serra (Schadensersatzklage, 100.000 F. zugesprochen). – Paris, 21.02.1994, PIBD 1994.566.III.255 spricht einem Patentinhaber 20.000 F. als Ersatz für seinen „dommage moral“ durch die „atteinte au monopole“ zu; einen materiellen Schaden durch einen „trouble commercial“ habe er nicht erlitten, da er sein Recht nicht „verwerte“ (s. zu diesem Begriff oben C. III. 1. b)).

¹⁰⁰¹ *Le Tourneau*, D., 1993, chron. 310.

¹⁰⁰² Paris, 31.01.1985, *Annales*, 1986, p. 79, 81. Paris, 1.7.1986: *Annales*, 1986, 279 (Zuerkennung eines Schadenspostens „trouble commercial“ abgelehnt, da dieser Schaden nicht nachgewiesen sei, denn die Preise des Verletzten seien sogar gestiegen; d. h. hier wurde der Begriff „trouble commercial“ offenbar als Schaden durch Zwang zur Senkung der eigenen Preise durch die Konkurrenz der rechtsverletzenden Produkte verstanden; dieser Gesichtspunkt wird sonst häufig mit beim entgangenen Gewinn abgehandelt).

der „atteinte à la propriété d’une marque“ zuerkannt worden war, ohne dass eine messbare wirtschaftliche Einbuße feststellbar war. Die Feststellung einer „atteinte“ enthebe das Gericht nicht der Aufgabe, gerade den konkret entstandenen Schaden zu schätzen:

« Attendu qu’en allouant une indemnité de principe, au lieu d’évaluer exactement le dommage qu’elle entendait réparer par l’allocation de dommages-intérêts, la cour d’appel a violé le texte susvisé ... »¹⁰⁰³

Das Problem trat bereits in der Grundsatzentscheidung „Pontiac“ auf, in der das Pariser Appellationsgericht erstmals die Benutzung einer berühmten Marke auch außerhalb des Ähnlichkeitsbereichs für unlauter hielt und den Schaden in einer „atteinte portée à l’intégrité de la dénomination“ sah.¹⁰⁰⁴ Es führte aus, dieser Schaden bestehe in der **Schwächung der Unterscheidungskraft und der Anziehungskraft der Bezeichnung**; insbesondere könnten Kunden, die ein teures Automobil von hoher Qualität kaufen wollten, davon abgehalten werden, sich für ein Produkt der Klägerin zu entscheiden, wenn bei ihnen der Eindruck erweckt werde, die Klägerin **benutze diese Marke auch für alle möglichen anderen Produkte, die in allen Schichten der Bevölkerung verbreitet seien**. Allerdings nahm es an, dass die Klägerin keinen konkreten Schaden dargelegt habe, der die Zuerkennung von Schadensersatz rechtfertige; lediglich die Veröffentlichung der Entscheidung auf Kosten der Beklagten wurde angeordnet.

In der Folgezeit unternahmen die Gerichte verstärkt Bemühungen, den Charakter des Schadens durch eine „atteinte au droit“ bzw. einen „trouble commercial“ noch genauer herauszuarbeiten, und rechtfertigten damit auch die Zuerkennung konkreter Schadensersatzsummen.

Gelegentlich wird mit der „atteinte au droit“ oder „trouble commercial“ der **pauschalierte Ersatz für den Verlust einer Chance auf Umsatz** bezeichnet:

« [L]a contrefaçon constitue par définition une atteinte au monopole conféré par un brevet, qui s’analyse en toute hypothèse en la perte d’une chance de vendre le produit protégé par celui-ci et qui autorise le titulaire non exploitant et tout

¹⁰⁰³ Com. 29.6.1999; PIBD 1999, III, p. 388 (« Kenzo »).

¹⁰⁰⁴ S. o. A. I. 2. b).

licencié à poursuivre la réparation du dommage en résultant, laquelle sera évaluée en l'espèce pour l'une et l'autre appelantes à la somme de 200.000 F. ».¹⁰⁰⁵

Der gleiche Gedanke wird mitunter auch ohne Rückgriff auf den Gedanken des „Verlusts einer Chance als Schaden“ ausgedrückt, indem von dem zukünftigen Umsatzrückgang gesprochen wird, der dadurch verursacht werde, dass das Produkt des Verletzten auf Grund der Nachahmung an Anziehungskraft verliert:

« Considérant que l'exploitation illicite imputable à la société T., en portant atteinte aux droits d'auteurs de la société M., a nui, dans l'esprit du public, à son image de marque et à la réputation de son activité créatrice, d'autant plus gravement, comme il l'a été précédemment évoqué, que la reproduction de T. s'est effectué sur un produit de qualité médiocre.

Qu'en raison de cette atteinte et de la diminution du pouvoir attractif du dessin qui en découle nécessairement, la cour possède les éléments suffisants pour fixer à 100 000 F le montant des dommages-intérêts à allouer en réparation de l'entier préjudice, sans qu'il soit besoin de recourir à une mesure d'expertise. »¹⁰⁰⁶ (Her- vorhebung von mir)

Manchmal wird auch davon gesprochen, dass eine Verletzung den *Wert des Schutzrechts* vermindere, wenn das Recht des Verletzten oder die von ihm angebotenen Produkte von der Öffentlichkeit infolge der Verletzungshandlung fälschlich mit den Produkten oder dem Geschäftsbetrieb des Verletzers in Verbindung gebracht werden. Zum Teil ist damit die Schädigung der Anziehungskraft des geschützten Guts auf die Kunden, mithin wiederum ein zukünftiger Umsatzrückgang gemeint¹⁰⁰⁷, manchmal wird jedoch auch angeführt, dass die Verletzung

¹⁰⁰⁵ Paris, 19.11.1997: PIBD 1998, III, p. 69; Revision zurückgewiesen durch Com., 30.01.2001: PIBD 2001, III, p.329. Zur Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden vgl. oben C. I. 2. Ähnlich die Erklärung von Serra in Anm. zu Com., 10.01.1989, D. 1990, som. 75: « le trouble commercial, dans cette conception, fait figure de préjudice autonome que l'on pourrait définir comme la diminution de la capacité de concurrence de l'opérateur économique qui en a été la victime et qui découlerait nécessairement des agissements déloyaux en cause ».

¹⁰⁰⁶ Paris, 21.03.1995: PIBD 590, III, p. 314, 315 (Dessin für Möbelstoff nachgeahmt durch BekleidungsHersteller). Ähnlich Paris, 10.05.1995: PIBD 593, III, p. 386 (« La mise sur le marché des modèles contrefaisants, lesquels sont de moindre qualité que les modèles L., a contribué à les déprécier et à leur faire perdre leur pouvoir attractif auprès de la clientèle. ») und Paris, 21.03.2001, Annales 2001, 269, 275 (« la mise sur le marché du modèle S. n'a pu que porter atteinte au modèle de la société B. et le banaliser, en sorte que son obsolescence s'est trouvée accélérée; (...) qu'il convient à ce titre d'allouer à la société B. une somme complémentaire de 500.000 F »).

¹⁰⁰⁷ Com., 03.06.1998: PIBD 1998, III, p. 484 („Bibi“); Paris, 31.03.1995: PIBD 591, III, p. 333 (Verletzung eines Modells eines Body, kein „préjudice important“ nachgewiesen, „préjudice du fait de l'avisement de son modèle“: 50.000F); Paris, 25.03.1998: PIBD 1998, III, p. 257, 258 (« Petrossian »: Wahl eines Künstlernamens als « utilisation dévalorisante » der Marke und der Geschäftsbezeichnung eines Kaviarimportunternehmens); Paris, 15.01.1999: PIBD 1999, III, p. 177, 179 (Schadensersatz in Höhe von 30.000 F für « l'avisement du modèle » ohne nähere Begründung, « eu égard aux éléments portés à la connaissance de la cour »).

zu einer Verringerung des Wertes des Rechts als solches geführt habe und die Entschädigung daher auf den Ersatz eines Schadens ziele, der an einem Aktivum des Inhabers entstanden sei, dessen Wert durch dessen Investitionen in dieses Recht bestimmt sei.¹⁰⁰⁸ Einiges Aufsehen erregte wegen der Höhe der zugesprochenen Entschädigung die Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts in der „affaire Chantelle“, in der es den Schaden, der durch die Aneignung geheimen Fertigungswissens angerichtet worden sei – ausdrücklich unabhängig von dem Risiko, dass dieses Wissen von dem Konkurrenten jemals benutzt werden würde – auf € 11,5 Millionen schätzte:

« Par cette seule détention des éléments du savoir-faire, les sociétés concurrentes ont vidé la société défenderesse d'une part substantielle de son actif incorporel, quand bien même ces sociétés n'en feraient jamais usage; Cette perte de valeur ne constitue nullement une perte de chance mais un préjudice réel, direct et réalisé, qui existe indépendamment de tout risque de voir un jour ce savoir-faire utilisé par les sociétés concurrentes. Il convient, en conséquence, pour évaluer ce préjudice de rechercher quelle en est la valeur au sein des actifs de la société. »¹⁰⁰⁹

Es überrascht nicht, dass sich *Auguet* in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung vor allem mit der Frage nach der Berechtigung und dem Sinn von Strafschadensersatz beschäftigt. Er gibt zu bedenken, dass die Störung des Marktgeschehens durch den Verletzer durch eine erneute Störung des Marktgeschehens geahndet werde, wenn dem Verletzten eine exorbitante Summe zuerkannt werde.

2. Rufschädigung, Frustrierung von Werbeaufwendungen

Häufig wird statt von dem Wert des Rechts an sich von dem Ruf des Rechts gesprochen, der geschädigt worden sei, wodurch die Investitionen des Inhabers in diesen Ruf „entwertet“ seien. Eine wichtige Rolle spielt dies insbesondere beim

¹⁰⁰⁸ Paris, 29.03.1993: D. 1994, somm. 223 (« indemnisation d'un dommage effectif causé à un bien incorporel compris dans ses éléments d'actif, valorisé par ses investissements et sa politique commerciale »; 1 Mio F. Schadensersatz wegen « Anschwärzung » durch Werbekampagne); vgl. a. Paris, 26.02.1992, D. 1993, som. com. 300.

¹⁰⁰⁹ Paris 27.09.2000: D. 2001, somm. 1309, obs. Auguet.

Schutz bekannter Markenhersteller gegen Billigimitate, denn hier kann häufig nicht angenommen werden, dass der Verletzer dem Inhaber des Rechts in nennenswertem Umfang Konkurrenz in der Form gemacht hat, dass er Kunden zu sich umgelenkt hat, die ohne die Verletzung einen echten Markenartikel gekauft hätten. Der Schaden wird hier darin gesehen, dass das exklusive Image der Markenprodukte angetastet wird. In einem vom Pariser Appellationsgericht entschiedenen Fall machte der Vertreiber von Billigimitaten, die verschiedene geschützte Modelle von *Hermès* verletzen, gegen die von der 1. Instanz festgesetzte Schadenshöhe von insgesamt 100.000 F. geltend, er habe lediglich 31 verletzende Produkte verkauft, so dass die Verletzung keinen nennenswerten Umfang gehabt und keinen Schaden verursacht habe. Die Revision erzielte mit diesem Argument nicht den gewünschten Erfolg:

«(Considérant que) le simple fait d'exposer à la vente et de vendre les modèles contrefaisants, a porté une grave atteinte à la réputation de la Société Hermès; qu'il convient d'ajouter l'avilissement et la banalisation d'un modèle de luxe; que la somme de 300.000 francs soit 150.000 francs par société compensera le préjudice subi par la Société Hermès. »¹⁰¹⁰

Ein weiteres Beispiel für die Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts und für die freie Schätzpraxis der Gerichte ist eine weitere Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts, die eine Marke betraf:

«Considérant que de leur côté les sociétés Chopard se prévalent de la perte de la valeur patrimoniale des bijoux contrefaits et, s'agissant de bijoux de grand prix, de l'atteinte à l'image de marque et de la stérilisation des dépenses publicitaires particulièrement importantes qu'elles ont engagés pour la promotion de ces bijoux et la conquête d'une clientèle exigeante. Qu'elles invoquent une perte de marché importante en raison du discrédit qui se serait trouvé aggravé par la pratique d'une politique de 'solde' incompatible, selon elles, avec l'image de marque développée.

¹⁰¹⁰ Paris, 25.10.1990, PIBD, 1991, n° 492.III.68. Vgl. auch z. B. Paris, 21.2.1991, Annales, 1992, 331 (Verletzung eines geschützten Modells für Schuhe: «... que N. par des ventes contrefaisantes massives a en outre dévalorisé le modèle, causant à T. un préjudice supplémentaire qu'il convient d'évaluer à 50.000 francs.»); TGI Nanterre, 10.3.1993, RIDA, Juli 1993, 343, 348 (Urheberrechtsverletzung und concurrence déloyale durch unerlaubten Gebrauch eines Motivs eines berühmten Fotos für Reklame : (« (...) [C]e comportement parasitaire fautif en lui-même, a en outre entraîné par son but commercial une vulgarisation de l'œuvre contrefaite et une atteinte à sa valeur »).

Considérant qu'au vu des éléments produits aux débats, compte tenu de ce que les bijoux en cause, s'ils ne représentent pas l'ensemble de la gamme de produits offerts par la Maison Chopard à la vente, n'en occupent pas moins une place de choix non négligeable, la Cour dispose des éléments suffisants pour ramener globalement à la somme de 600.000 F. le montant des dommages-intérêts dus à la société Chopard France en raison de l'exploitation desdits modèles, ces dommages-intérêts comportant la part de stérilisation des dépenses de publicité à juste titre invoquée et dont il est justifié, et tenant compte de ce que la pratique de « soldes », dans les conditions dans lesquelles elle a été réalisée n'a pu qu'aggraver l'atteinte à l'image de marque et de détourner de plus fort une clientèle à la recherche de luxe et d'exclusivité, particulièrement exigeante.»¹⁰¹¹ (Hervorhebungen von mir)

Hier wird neben der Schwächung der Anziehungskraft der berühmten Marke durch Verlust des exklusiven Image ein weiterer Gesichtspunkt ins Spiel gebracht, der in Marken- und Wettbewerbsfällen eine wichtige Rolle spielt. Er wird in den Entscheidungen, in denen von einer Entwertung eines „Aktivums“ des Rechtsinhabers gesprochen wird, ebenfalls bereits erwähnt: Ein Schaden wird auch darin gesehen, dass durch die schädigenden Handlungen **Werbeaufwendungen, die der Markenhersteller getätigt hat, frustriert** worden seien. Die *ratio* dieser Rechtsprechung ist der Entscheidung „*Ungaro*“ des Pariser Appellationsgerichts zu entnehmen. Es ging dabei um ein Parfum, das in einem Flakon vermarktet wurde, der stark dem – nicht durch ein gewerbliches Schutzrecht geschützten – Flakon eines Parfums ähnelte, das *Ungaro* kurz zuvor neu auf den Markt gebracht hatte. Die Vorinstanz hatte einen Schadensersatzanspruch abgelehnt, da die Flakons auch Unterschiede aufwiesen und jedenfalls keine Herkunftstäuschung eintreten konnte.

«Considérant cependant que la recherche de la confusion n'est pas la seule forme de concurrence déloyale et la seule exception apportée à la liberté d'action de quiconque s'efforce accroître sa part de marché au détriment d'autrui; qu'il n'est pas vrai que hors du champ des droits privatifs générateurs de monopoles, tout soit permis au nom de la liberté du commerce sauf d'amener le client à se méprendre sur le provenance de ce que lui est offert; – Considérant que la concurrence est un jeu qui, comme tout autre, repose sur une obligation générale

¹⁰¹¹ Paris, 18.01.1995: PIBD 586, III, p. 227, 230 (Ergebnis: 30.000 Rechtsverfolgungskosten, 150.000 F an Chopard Genf, 600.000 F. an Chopard France).

de loyauté, l'art. 10 *bis* de la Convention de Paris imposant aux pays de l'Union d'assurer à leurs ressortissants une protection effective contre tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale; Considérant qu'il y a faute engageant la responsabilité dans les termes de l'article 1382 c. civ. à s'appuyer sur les initiatives et les efforts d'un concurrent pour entamer ses positions commerciales; qu'il en va ainsi lorsque dans la réalisation d'un objet, l'auteur, au lieu de donner libre cours à ses facultés créatrices, les met en sommeil et conduit un processus d'élaboration asservi à l'imitation de l'œuvre d'autrui, cette démarche intellectuelle fournissant l'impulsion au travail créateur et lui servant de guide; qu'une telle manière d'opérer n'appelle pas seulement un blâme d'ordre moral car elle vise à profiter des frais d'études et de mise au point assumés par le concurrent et à s'en faire une arme contre lui en même temps qu'elle évite le risque d'un échec de la commercialisation dans la mesure où celle-ci porte sur un produit proche d'un autre dont on sait qu'il a les faveurs du public; qu'en fait il s'agit d'un parasitisme économique qui, à l'instar du parasitisme observé dans le règne végétal ou animal, s'analyse en une prise de la substance de l'autre ainsi appauvrie et parfois même conduite au dépérissement; [Es wird ausgeführt, dass die Verpackung eines Parfums sehr große Bedeutung für seinen kommerziellen Erfolg habe.] [L]a protection de l'effort économique revêt d'autant plus d'acuité depuis que l'évolution technique et psychosociologique contraint, pour le lancement d'un parfum, à d'onéreuses études de marché et surtout à un accompagnement publicitaire qui, eu égard aux canaux utilisés, est beaucoup plus coûteux que naguère, les avantages tirés du parasitisme étant à la mesure des investissements consentis par celui qui en est la victime (...)».¹⁰¹² (Hervorhebung von mir)

Die Haftung wird hier damit begründet, dass der Nachahmer ungerechtfertigte Vorteile aus fremder Arbeit und fremden Investitionen ziehe, worin zugleich eine Schädigung des Nachgeahmten liege; die in ihrer Werbewirkung „umgelenkten“ Investitionen des Verletzten stellten zugleich seinen Schaden und den Nutzen des „parasitisch“ handelnden Verletzers dar.

Le Tourneau fasst die unterschiedlichen Aspekte des Schadens durch „parasitisme“ in Fällen, in denen kein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien besteht, wie folgt zusammen:

¹⁰¹² Paris 18.5.1989, D. 1990. 340 [341].

« Le dommage, globalement, est une *perte de substance* du patrimoine du commerçant parasité. Plus précisément, il présente souvent l'un des cinq aspects suivants : la *dépréciation d'un signe*, comme une marque; le *détournement de clientèle* (et donc une baisse du chiffre d'affaires); la *diminution ou la perte d'un avantage concurrentiel* (par l'usurpation d'une valeur économique, qui rend vains les investissements effectués); la *gêne dans les initiatives commerciales et la perte d'une chance de développement (y compris de diversification)* du parasité, occasionées par le comportement répréhensible; enfin, le *préjudice moral*: par exemple, le parasité risque de passer, aux yeux du public, pour le copieur. »¹⁰¹³

3. „Parasitisme“: Bereicherung als Schaden?

Die Basis der zuletzt wiedergegebenen Entscheidungen ist, dass den vom Verletzer aus der Arbeit und den Investitionen des anderen gezogenen ungerechtfertigten wirtschaftlichen Vorteilen spiegelbildlich ein Schaden des Nachgeahmten entspreche. Besonders deutlich wird dies auch in der Entscheidung „Rothschild“ des Pariser Appellationsgerichts gegen einen Beklagten, der diesen Namen unberechtigt als Marke und Firmenbestandteil benutzt hatte. Die erste Instanz hatte den Berechtigten nur einen symbolischen Franc als Schadensersatz zugesprochen, da der Beklagte sich auf anderen Geschäftsfeldern betätigte als sie. Das Pariser Appellationsgericht erklärte dagegen, der Schaden sei anhand der Vorteile des Beklagten zu bemessen:

« [P]our l'évaluation des sommes qu'il y a lieu d'allouer pour récompenser ce préjudice à la fois moral et matériel, il convient de tenir compte essentiellement de l'incidence qu'a pu avoir l'utilisation de la notoriété du nom de Rothschild dans l'enrichissement qu'ont accusé Helmut Rothschild et ses sociétés et dans la plus-value de la valeur des fonds de commerce par eux exploités ». ¹⁰¹⁴

¹⁰¹³ Le Tourneau, D., 1993, chron. 311.

¹⁰¹⁴ Paris, 10.07. 1986, JCP 1986. II. 20712.

Agostini erklärt dies in seiner Anmerkung damit, dass das Gericht eine Vermutung aufgestellt habe, dass der Schaden der Verletzten der Bereicherung der Verletzer entspreche.¹⁰¹⁵ Da eine bloße Vermutung in einem derartigen Fall jedoch leicht zu widerlegen wäre, kann die Aussage der Entscheidung nur sein, dass dies fingiert wird.

Ein spezialgesetzlicher Tatbestand des „parasitisme“ (art. L 713–5 CPI) ordnet die Haftung für den Gebrauch der bekannten Marke an, wenn der Gebrauch

« est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cet emploi constitue une exploitation injustifiée de cette dernière » (Hervorhebung von mir).¹⁰¹⁶

Bei der zweiten Alternative soll demnach genügen, dass der Gebrauch der Marke eine „ungerechtfertigte Ausbeutung“ der Marke darstellt. *Pollaud-Dulian* zufolge bedeutet dies, dass die drei Voraussetzungen des allgemeinen Deliktsanspruchs – „faute“, „préjudice“, „lien de causalité“ – hier „zumindest“ gemildert sind.¹⁰¹⁷ Dies wird z. T. kritisiert, und es wird gefordert, auch bei diesem Tatbestand eine wirkliche Prüfung des Kausalzusammenhangs zwischen dem „acte fautif“ und dem Schaden vorzunehmen, so wie es die „responsabilité civile“ im Allgemeinen voraussetzt.¹⁰¹⁸ Alternativ wird auch vorgeschlagen, die Haftung in diesen Fällen auf ungerechtfertigte Bereicherung zu stützen, weil der Anspruch in Wahrheit nicht nach einem Schaden des Verletzten bemessen werde, sondern nach der Bereicherung des Verletzers, die in ersparten (Werbe-)Aufwendungen zu sehen sei (dazu näher unten E.)¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ Agostini, Anm. zu Paris, 10.07. 1986, JCP 1986. II. 20712.

¹⁰¹⁶ Vgl. Art. 5 Nr. 2 RL 89/104/EWG.

¹⁰¹⁷ Pollaud-Dulian n°1424

¹⁰¹⁸ Schmidt-Szalewski RTD com. 47 (3), juillet–septembre 1994, 456, 469.

¹⁰¹⁹ Cadiet in Anm. zu Paris 18.5.1989, D. 1990.340 („Ungaro“), D. 1990.342, 344; Courtieu, Juris-Classeur Responsabilité civile, Fasc. 132–1, n° 56.

D. „Confiscation“ des Verletzergewinns im Urheberrecht

Im 19. Jahrhundert konnte der Verletzte bei Patent- und Markenverletzungen auf Grund von Spezialgesetzen die Herausgabe des Verletzergewinns verlangen. Heute besteht dieser Anspruch nur noch im Urheberrecht. Die Rechtsnatur dieser Maßnahme und der mögliche Umfang der „confiscation“ sind umstritten.

I. Historische Entwicklung der „confiscation“

Die „confiscation“ des Verletzergewinns im Urheberrecht geht bis auf das Jahr 1791 zurück, in dem ein Dekret erlassen wurde, das die Herausgabe der bzw. des „recettes ou produit total“ der Urheberrechtsverletzung vorsah. Darunter wurde der gesamte Umsatz des Verletzers verstanden, d. h. die Einnahmen ohne Abzug der dem Verletzer entstandenen Kosten.¹⁰²⁰

Das Gesetz vom 18.07.1793 regelte die „confiscation“ der verletzenden Gegenstände sowie der „recettes“ bei Urheberrechtsverletzungen dagegen im Strafgesetzbuch (art. 425ff. C. pén.). Damit unterschied sich die Regelung der „confiscation“ im Urheberrecht formal von derjenigen im Patent- und Markenrecht, wo sie damals auch noch vorgesehen war. Das Patentgesetz vom 05.07.1844 und das Markengesetz vom 23.06.1857 sahen ausdrücklich vor, dass die Möglichkeit der „confiscation“ nicht von einer strafrechtlichen Verurteilung des Verletzers abhing. Daraus wurde von Rechtsprechung und Literatur vielfach der Schluss gezogen, die „confiscation“ sei im Urheberrecht als Strafe zu qualifizieren und könne nur von den Strafgerichten nach erfolgter Verurteilung des Verletzers ausgesprochen werden. Der Kassationshof entschied jedoch 1910, die „confiscation“ könne auch im Urheberrecht von Zivilgerichten verhängt werden und setze keine strafrechtliche Verurteilung, sondern lediglich die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Beklagten voraus.¹⁰²¹ Zur Begründung verwies er darauf, dass die Einziehung der Gegenstände und „recettes“ nach dem Wortlaut des Gesetzes dem Zweck diene, den Verletzten für seinen Schaden zu entschädigen; damit sei sie als zivilrechtlich zu qualifizieren.¹⁰²²

¹⁰²⁰ So die Darstellung bei Mathély Annales 1977, 73, 76.

¹⁰²¹ Cass. civ., 08.02.1910, Annales, 1911.61.

¹⁰²² Cass. civ., 08.02.1910, Annales, 1911.61, 70.

Das einschlägige Gesetz von 1957 sah dann vor:

«(...) [L]es coupables seront, en outre, condamnés à la confiscation de sommes égales au montant des parts de recettes produites par la reproduction, la représentation, ou la diffusion illicite (...)

(...) [L]es recettes ou parts de recettes ayant donné lieu à la confiscation, seront remis à l'auteur ou à ses ayants-droit pour les indemniser d'autant du préjudice qu'ils auront souffert; le surplus de leur indemnité, ou l'entière indemnité s'il n'y a eu aucune confiscation de matériel, d'objets contrefaits ou de recettes, sera réglé par les voies ordinaires.»¹⁰²³

Über die Auslegung dieser Vorschriften entstand wiederum Streit, der auch die Rechtsprechung spaltete. Da sich die Vorschriften nach wie vor im Code pénal befanden und die „confiscation“ die „coupables“ treffen sollte, war zum einen weiterhin umstritten, ob es sich bei der Gewinnherausgabe um eine zivilrechtliche oder eine strafrechtliche Sanktion handelte und ob für die Anordnung die Zivilgerichte oder die Strafgerichte zuständig waren. Außerdem war strittig, ob die Bruttoeinnahmen oder der Nettogewinn der Konfiskation unterlagen, wie ggf. der Nettogewinn zu ermitteln sei und ob die vom Verletzten erlittene reale wirtschaftliche Einbuße die Obergrenze für den Betrag darstellte, den das Gericht beschlagnahmen konnte. Das Gesetz regelte diesen Fall nicht; es sah nur für den umgekehrten Fall vor, dass der Verletzte einen über die beschlagnahmten Beträge hinausgehenden Schaden über „les voies ordinaires“ liquidieren konnte.

Die einen sahen die „confiscation“ als Privatstrafe an. Die Vertreter dieser Ansicht waren in der Regel der Meinung, dass die Sanktion nur von einem Strafgericht als „peine complémentaire“ ausgesprochen werden könne, und hielten die „confiscation“ aller Einnahmen unabhängig von der Höhe des vom Inhaber des Rechts erlittenen Schadens für möglich.¹⁰²⁴ Andere hielten demgegenüber für entscheidend, dass die Summe an den Verletzten auszukehren war, um ihn zu „entschädigen“, und dass Schadensersatzansprüche des Verletzten, sofern sie die ausgekehrte Summe überstiegen, über die „gewöhnlichen Wege“ reguliert werden sollten, was nach allgemeiner Meinung als Verweisung auf art. 1382 C. c. zu verstehen war. Ihrer Ansicht nach war daraus zu schließen, dass es sich bei der Kon-

¹⁰²³ Art. 73 und 74 des Gesetzes vom 11.3.1957, art. 428f. C. pénal, zit. nach Mathély Ann. zu Com. 5.11.1976, Annales 1977, 73.

¹⁰²⁴ Für Einordnung als Strafe und für Zuständigkeit der Strafgerichte: Paris, 01.07.1968, D., 1968, 719.

fiskation ausschließlich um ein Mittel zum Ausgleich des Schadens im Sinne der art. 1382ff C. c. handele und daher die Konfiskation immer auf den Betrag der vom Verletzten real erlittenen wirtschaftlichen Einbuße zu begrenzen sei.¹⁰²⁵

Der Kassationshof erklärte 1976 in einer Grundsatzentscheidung, dass die Konfiskation des Verletzergewinns eine rein zivilrechtliche Maßnahme zum Ausgleich des vom Verletzer erlittenen Schadens sei („une réparation civile du dommage causé par la contrefaçon“). Sie erfordere weder eine strafrechtliche Verurteilung, noch habe sie den Charakter einer Pauschalentschädigung („indemnité forfaitaire“) oder Privatstrafe („peine privée“).¹⁰²⁶ Der Verletzergewinn dürfe daher, soweit er den Schaden des Verletzten übersteige, nicht an diesen herausgegeben werden. Des Weiteren dürften nicht die Bruttoeinnahmen, sondern nur die Nettogewinne konfisziert werden.¹⁰²⁷

Diese Entscheidung wurde von *Mathély* und *Desbois* kommentiert, die hinsichtlich des zulässigen Umfangs der „confiscation“ insofern einig waren, als mit „recettes“, auch wenn der mögliche Wortsinn die Bedeutung „Nettogewinn“ mit umfasse, wahrscheinlich „Erlös“ gemeint sei und die vom Kassationshof vertretene Auslegung sich darum über den Wortlaut des Gesetzes hinwegsetze.¹⁰²⁸ Geteilt sind ihre Meinungen darüber, ob dies zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse führt. *Mathély* stimmt der Entscheidung zu und weist darauf hin, dass erst in neuerer Zeit der Anwendungsbereich des Urheberrechts auf den Bereich der „art appliqué“ ausgedehnt worden sei. Hier könnten die mit der Produktion und dem Vertrieb des rechtsverletzenden Produkts verbundenen Kosten, anders als im „klassischen“ Urheberrecht, besonders hoch sein. Er nennt das Beispiel eines kostbaren Schmuckstücks, das unter Verletzung des geschützten „dessin“ eines anderen gefertigt wird, und meint, es wäre unbillig, dem Inhaber des Rechts am „dessin“ hier einen Anspruch auf die Bruttoeinnahmen des Verletzers, die diese beträchtlichen Herstellungskosten mit umfassen, zu gewähren. Er denkt dabei offenbar nicht an die Möglichkeit einer Aufteilung des Gewinns. *Desbois* meinte demgegenüber auf der Grundlage der „strafrechtlichen“ Auslegung, diese könne zwar zu einer harten Bestrafung des Verletzers führen, dies sei jedoch vom Gesetz nun einmal vorgeschrieben.

¹⁰²⁵ Darstellung nach *Mathély* *Annales* 1977, 73, 78. Für die rein zivilrechtliche Auffassung vgl. a. Paris, 25.1.1968: RIDA, Juli 1968, S. 174; TGI Paris, 25.10.1995, « F. Mitterrand », RIDA, janv. 1996, 294; Com, 21.11.1972, Gaz. Pal. 1973. 1.216.

¹⁰²⁶ Ch. Mixte 5.11.1976, D., 1977. 221 = *Annales*, 1977. 73 (S.T.E.P. ./ PAVAP).

¹⁰²⁷ Bedauernd *Gautier* n° 438.

¹⁰²⁸ *Mathély*, *Annales*, 1997, 73, 79; *Desbois*, RTD com. 1976, 728.

II. Heutiger Meinungsstand zu Rechtsnatur und Umfang des Anspruchs

Der Streit um die „confiscation“ ist auch heute noch nicht beigelegt. Die heute gültige Fassung der einschlägigen Vorschriften befindet sich im CPI. Sie lauten:

« [L]e tribunal peut prononcer la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par l'infraction (...)

Dans les cas prévus aux cinq articles précédents, le matériel, les objets contrefaisants et les recettes ayant donné lieu à confiscation seront remis à la victime ou à ses ayants droit pour les indemniser de leur préjudice; le surplus de leur indemnité ou l'entière indemnité s'il n'y a aucune confiscation de matériel, d'objets contrefaisants et de recettes, sera réglé par les voies ordinaires. »¹⁰²⁹

Die Rechtsprechung hält daran fest, dass lediglich der Nettogewinn konfisziert werden könne, nicht jedoch der Umsatz.¹⁰³⁰ Teile der Literatur führen dies darauf zurück, dass die Rechtsprechung eine Bereicherung des Verletzten verhindern wolle, und wenden dagegen ein, dass umgekehrt das Opfer nicht gezwungen werden sollte, sich an den Kosten des Verletzers zu beteiligen¹⁰³¹, und dass die „confiscation“ es im Fall der Insolvenz des Verletzers besser absichern würde. Ein Teil der Literatur vertritt darüber hinaus die Ansicht, der Verletzergewinn sei stets in vollem Umfang an den Verletzten herauszugeben; bei der Differenz zwischen dem Verletzergewinn und dem vom Verletzten erlittenen Schaden handele es sich um eine Privatstrafe.¹⁰³² Die Gegenansicht will dem Verletzer die über den Schaden des Verletzten hinausgehenden Gewinne belassen.¹⁰³³

In der Praxis dürfte es für die Gerichte das Einfachste sein, den Schaden im Rahmen des art. 1382 C. c. „souverän“ auf mindestens den Betrag des konfiszierten Verletzergewinns zu schätzen.¹⁰³⁴

¹⁰²⁹ Art. L 335–6 und 335–7 CPI.

¹⁰³⁰ Civ. 1^{re}. 10.02.1987, Bull. civ. I, n° 49 (inzidenter).

¹⁰³¹ Gautier n° 438.

¹⁰³² So Gautier n° 437ff., der die Herausgabe des Verletzergewinns an den Verletzten als « peine complémentaire du droit commun » bezeichnet und die Ansicht vertritt, die Anerkennung des Instruments als Privatstrafe entspreche auch Art. 45 TRIPS.

¹⁰³³ Mathély in der Anm. zu Paris, 26.04.1975, Annales 1977, 73.

¹⁰³⁴ Zum erheblichen Freiraum der Gerichte oben C. II; C. III. 2. – Vgl. z. B. Douai, 20.05.1996, RIDA, Okt. 1996. 278: « [L]e Tribunal en fixant le préjudice subi par la société [U.] à la moitié des recettes nettes part producteur pour la diffusion en France du film [X] a fait une évaluation qui permet très exactement de réparer le manque à gagner qui a été celui de la victime et ses préjudices annexes. »

III. Aufteilung des Verletzergewinns je nach Schwere der Verletzung

Bei der Verletzung des Urheberrechts an Musikstücken wird in der Regel angeordnet, dass der Verletzer einen Anteil an den Einnahmen des verletzenden Stückes an den Verletzten herausgeben muss, der dem Anteil der übernommenen Teile des Stückes entspricht.¹⁰³⁵ Dass für die Bestimmung des herauszugebenden Anteils spezielle, über den Einzelfall hinaus gültige Kriterien entwickelt worden wären, ist nicht ersichtlich.

¹⁰³⁵ Paris, 29.09.1995, RIDA, April 1996. 300.

E. Bereicherungsrecht

I. Die „*action de in rem verso*“

Das französische Recht unterscheidet zwischen der „*répétition* (= restitution) de l'indu“ im Rahmen fehlgeschlagener Leistungsbeziehungen, die in art. 1376f. C. c. geregelt ist und im Rahmen dieser Untersuchung nicht interessiert, und dem „*enrichissement sans cause*“, das nicht positiviert ist und 1892 vom Kassationshof in der Grundsatzentscheidung „*arrêt Boudier*“ unter der Bezeichnung „*action de in rem verso*“ anerkannt wurde:

« [C]ette action, dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui, et n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit ». ¹⁰³⁶

In dem entschiedenen Fall hatte der Anspruchsteller einem Pächter eines Bauernhofes, dem inzwischen vom Eigentümer wegen Zahlungsunfähigkeit gekündigt worden war, Dünger geliefert und wollte den Kaufpreis nun von dem Eigentümer eintreiben. Der Kassationshof entschied, dass der Eigentümer in der Tat dafür einstehen müsse, weil der Eigentümer wegen seiner eigenen ausstehenden Forderungen an den Pächter dessen Ernte erhalten hatte, so dass ihm die Verwendung des Düngers zugute gekommen war. ¹⁰³⁷

Erschien die „*action de in rem verso*“ nach dieser Entscheidung zunächst als reines Billigkeitsrecht ohne jegliche präzise Voraussetzungen, schränkte der Kassationshof ihren Anwendungsbereich später erheblich ein, um zu verhindern, dass sie zu einem Universalinstrument zur Aushebelung der sonst geltenden Regeln des Zivilrechts wurde. So erklärte er später, dass die Bereicherung „*sans cause légitime*“ erfolgt sein müsse. Darüber hinaus erklärte er die „*action de in rem verso*“ (jedenfalls in einem laufenden Verfahren, in dem der Anspruch zunächst auf

¹⁰³⁶ Cass. req. 15.06.1892, S. 1893.1.281.

¹⁰³⁷ Dazu Wilburg, S. 78ff. Vgl. a. die auf einer ähnlichen Sachverhaltskonstellation beruhende Entscheidung RGZ 1, 159, die vor der Abschaffung der Versionsklage durch das BGB erging.

eine andere Grundlage gestützt worden war) für unanwendbar, wenn sonstige Ansprüche versagten, weil eine ihrer Voraussetzungen nicht nachgewiesen werden konnte. Sie sei nur in Fällen anwendbar,

«où, le patrimoine d'une personne se trouvant, *sans cause légitime*, enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait pour obtenir ce qui lui est dû d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, mais qu'elle ne peut pas être substituée, en cours d'instance, à une action différente, originairement fondée sur une obligation contractuelle dont le demandeur serait dans l'impossibilité légale de rapporter la preuve suivant les formes imposées par les art. 1341 et 1347.»¹⁰³⁸

In dem entschiedenen Fall konnte die Klägerin für das Zustandekommen des von ihr behaupteten Darlehensvertrages keinen Beweis erbringen, der der erforderlichen Schriftform genüge. Ihr Versuch, den Anspruch stattdessen auf ungerechtfertigte Bereicherung zu stützen, scheiterte, da sie sich dafür auf dieselben Tatsachen stützte wie auf diejenigen, mit denen sie erfolglos den vertraglichen Anspruch zu begründen versucht hatte:

«[T]ous les faits, sans exception, dont elle se prévaut à l'appui de son action de in rem verso, se confondent avec la formation et la consommation du contrat de prêt, et [elle] poursuit uniquement, sous cette forme, l'exécution dudit contrat.»¹⁰³⁹

Die praktische Bedeutung des Bereicherungsrechts für das untersuchte Rechtsgebiet ist äußerst gering. Dies dürfte zunächst darauf beruhen, dass offenbar selten der Fall eintritt, dass ein Schadensersatzanspruch mangels Verschulden nicht besteht und die Rechtsprechung nach einer alternativen Anspruchsgrundlage sucht, um eine Bereicherung des Verletzers abschöpfen zu können. Außerdem erscheint angesichts der zuletzt zitierten Entscheidung unsicher, ob der Bereicherungsanspruch dann, wenn ein Deliktsanspruch scheitert, trotzdem als subsidiär ausscheidet. Die zitierten Ausführungen könnten zwar so gedeutet werden, dass der Klägerin nur aus prozessualen Gründen verwehrt wurde, „en cours d'instance“ zu einer anderen Anspruchsgrundlage überzugehen. Dies ergibt jedoch wenig Sinn,

¹⁰³⁸ Cass. civ., 12.5.1914, S. 1918.1.41 [43].

¹⁰³⁹ Cass. civ., 12.5.1914, S. 1918.1.41 [43].

gerade weil sie hierfür keinen neuen Vortrag in das Verfahren einzuführen brauchte. Der Anspruch scheint somit doch deshalb gescheitert zu sein, weil er materiell-rechtlich als subsidiär angesehen wurde. Nach *Terré/Simler/Lequette* besteht der Anspruch aus der „*action de in rem verso*“ nicht, wenn der Anspruchsteller auf andere Weise „*satisfaction*“ erhalten kann oder wenn eine Voraussetzung eines anderen Anspruchs nicht vorliegt oder von ihm nicht bewiesen werden kann.¹⁰⁴⁰ Andererseits wurde in der Entscheidung „*Héritiers Donizetti*“ ein Bereicherungsanspruch in einer Situation bejaht, in der der Deliktsanspruch (dessen Vorliegen von den Beklagten ausdrücklich geltend gemacht wurde, weil er verjährt war) am Fehlen des Verschuldens scheiterte. Die Beklagten hatten sich irrig für die Rechtsnachfolger *Donizettis* gehalten und wurden nun verurteilt, den aus der Verwertung von dessen Werken gezogenen Gewinn herauszugeben, wobei der Geschäftsführungsgedanke mit herangezogen wurde:

« [S]il peut être exact que L. et Cie. n'ont pas été les mandataires effectivement désignés des consorts Donizetti, il n'est pas moins constant qu'en fait ils ont géré la chose des demandeurs croyant gérer la leur; que, en vertu du principe 'que nul ne peut s'enrichir au dépens d'autrui', cette gestion permet aux consorts Donizetti de leur réclamer la restitution du montant des bénéfices qu'ils ont pu réaliser à leur place depuis 1885, et par suite, de leur demander de leur en rendre compte ». ¹⁰⁴¹

Demnach hafteten die Beklagten deshalb 30 Jahre lang statt nur drei Jahre, weil ihnen die „*intention coupable*“ fehlte. –

Die Entscheidung ist auch insofern bedeutsam, als beiläufig bemerkt wird, die Beklagten hätten den Gewinn „an der Stelle“ der Kläger gezogen. Demnach setzt ein Bereicherungsanspruch außer der Bereicherung des Anspruchsgegners eine „*perte corrélative*“ des Entreicherten voraus.¹⁰⁴² Ist eine Summe geringer als die andere, steht dem Anspruchsteller stets nur die geringere der beiden Summen zu.¹⁰⁴³

Angesichts dieser Umstände kann es nicht verwundern, dass der Bereicherungsanspruch für das untersuchte Rechtsgebiet praktisch keine Bedeutung hat. Immer-

¹⁰⁴⁰ *Terré/Simler/Lequette*, Rn. 1073–1.

¹⁰⁴¹ *Cass.*, 06.07.1927, S. 1928.1.19.

¹⁰⁴² *Terré/Simler/Lequette* Rn. 1067.

¹⁰⁴³ *Terré/Simler/Lequette* Rn. 1074.

hin wird in der Literatur vorgeschlagen, die „action pour agissement parasitaire“ bereicherungsrechtlich statt als Delikt zu qualifizieren. So hält *Cadiet* die erforderliche Vermögensverschiebung hier für gegeben, da die Bereicherung des „Parasiten“, die in ersparten Investitionen bestehe, von der Entreicherung des „parasitisch Ausgebeuteten“ herrühre.¹⁰⁴⁴ *Carval* wendet dagegen ein, dass die „action *de in rem verso*“ auf Grund der Subsidiarität und des „double limite“ unbrauchbar sei. Verändere man aber ihre Voraussetzungen, stehe man vor unübersehbaren Schwierigkeiten, weil nicht jede auf Kosten eines anderen erlangte Bereicherung restituiert werden könne.¹⁰⁴⁵

II. „Restitution des fruits du parasitage économique“? Der Vorschlag von *Korman*

Eine sachenrechtlich inspirierte alternative Lösung hat *Korman* in seinem Aufsatz „Les fruits restitués du parasitage économique“ vorgeschlagen.¹⁰⁴⁶ Er will auf die Nachahmung nicht spezialgesetzlich geschützter Marken art. 546ff. C. c. anwenden.¹⁰⁴⁷ Die Bekanntheit eines bekannten Zeichens sei dessen Zubehör („s’ [y] unit accessoirement“), der Gewinn ihre Frucht.

Carval hält dies für weit hergeholt und meint, es sei ausgeschlossen, dass dieser Ansatz Gnade vor den Augen des Kassationshofs finden könnte. Dieser erkenne kein „droit général sur la clientèle“ an und dulde es nicht, dass die Instanzgerichte dem Gesetzgeber vorgriffen, indem sie eigenmächtig Monopole und „droits privatifs“ kreierte.¹⁰⁴⁸ Allein die « responsabilité civile » sei in der Lage « d’établir un équilibre satisfaisant entre la nécessaire protection des concurrents et le respect de la libre utilisation des instruments de concurrence ».¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁴ *Cadiet*, Anm. zu Paris 18.05.1989, D. 1990.340 („Ungaro“), D. 1990.342, 344 (« l’enrichissement du parasite [économies d’investissements] découlant de l’appauvrissement du parasite [dépenses d’investissements] »).

¹⁰⁴⁵ *Carval* n° 147.

¹⁰⁴⁶ *Gaz. Pal.* 1988. II. doct. 703, wiedergegeben nach *Carval* n° 145f.

¹⁰⁴⁷ Art. 546 C. c. sieht vor: « La propriété d’une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu’elle produit, et sur ce qui s’y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s’appelle *droit d’accession*. » Art. 549 C. c. bestimmt, dass der gutgläubige Besitzer die Früchte behalten darf, ansonsten sind sie dem Eigentümer herauszugeben. Dieser hat nach art. 548 C. c. „les frais des labours, travaux et semences“ zu erstatten.

¹⁰⁴⁸ *Carval* n° 146.

¹⁰⁴⁹ *Carval* n° 146. Sie tritt jedoch für die Anerkennung der Straffunktion der « responsabilité civile » ein und will ebenfalls die Gewinne abschöpfen, dazu unten F. II.

F. Privatstrafe

I. „Astreinte“

Das Gericht kann die Missachtung einer auf Tun oder Unterlassen gerichteten Anordnung mit einer „astreinte“ belegen. Dabei handelt es sich um ein Zwangsgeld, das an die Gegenpartei, zu deren Gunsten die Anordnung erlassen wurde, zu zahlen ist. Die „astreinte“ hat ausschließlich den Zweck, den Willen der Partei zu beugen, und ist daher bei ihrer Verwirkung nicht auf etwaige Schadensersatzzahlungen anzurechnen (art. 34 des Gesetzes vom 09.07.1991). Es ist allgemein anerkannt, dass sie den Charakter einer Privatstrafe aufweist.¹⁰⁵⁰ Im Presserecht wählt das Gericht mitunter den Weg, statt der Beschlagnahme der Publikation, die den verletzenden Beitrag enthält, ihren Rückruf durch den Verletzer selbst anzuordnen und diese Aufforderung mit einer „astreinte“ zu versehen.¹⁰⁵¹ Damit vermeidet es die als *ultima ratio* angesehene, direkte Anordnung der Beschlagnahme.

II. Die „responsabilité civile“ als Privatstrafe? Die Theorie von *Carval*

In ihrer Abhandlung „La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée“ von 1995 vertritt *Carval* die Ansicht, dass das französische Recht außer der „astreinte“ weitere Erscheinungsformen der „peine privée“ kenne. Sie sei fester Bestandteil der „responsabilité civile“. Dieser Aspekt der zivilrechtlichen Haftung werde allerdings meist durch die „appréciation souveraine“ und irreführende Begründungen der Gerichte verschleiert. Dies sei bedauerlich; richtig wäre es, ihre Berechtigung anzuerkennen und für Fälle schweren Verschuldens zu institutionalisieren.

Zu den Gebieten, auf denen *Carval* eine Straffunktion der „responsabilité civile“ konstatiert, gehören der Schadensersatz für immaterielle Schäden durch Verletzungen von Persönlichkeitsrechten, die „concurrency déloyale“ sowie der Verletzerzuschlag auf die Lizenzgebühr bei Verletzungen gewerblicher Schutzrechte. In

¹⁰⁵⁰ Terré/Simler/Lequette n° 1122.

¹⁰⁵¹ TGI Paris, réf., 31.01.1984, D. 1984, J. 283 (10 F. pro nicht zurückgerufenem Exemplar, später herabgesetzt auf 3 F. pro Exemplar, insgesamt 480.000 F.); von einem ähnlichen Fall berichtet *Carval* n° 38 (40 F. pro nicht zurückgerufenem Exemplar!).

Bezug auf den „dommage moral“ bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen weist sie auf die z. T. sehr hohen Summen hin, die den Opfern zugesprochen würden und denen keine Ausgleichsfunktion zukommen könne.¹⁰⁵² Hier würden offensichtlich die erzielten Gewinne mit berücksichtigt. Sie verweist insbesondere auf eine Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts, das einem Opfer 250.000 F. zugesprochen und dabei bemerkt hatte: „[les photographies] ont donné lieu à une large publicité, en faisant de l’actrice l’enjeu d’un concours publicitaire aussi dégradant que fructueux pour ses auteurs“¹⁰⁵³. Auch Ansätze, die Höhe des Schadensersatzes von der Auflage abhängig zu machen¹⁰⁵⁴, könnten ihre Nähe zur Privatstrafe nicht verleugnen, und es sei bedauerlich, dass dies hinter der vorgeschobenen, die Konventionen respektierenden Begründung versteckt werde.¹⁰⁵⁵

Bedenken wegen der Bereicherung der Opfer durch Privatstrafen begegnet *Carval* im Bereich der Persönlichkeitsrechte mit dem Hinweis, dass die Verletzten die erstrittenen Beträge wohlthätigen Zwecken spenden könnten.¹⁰⁵⁶

Im Bereich der „concurrency déloyale“, so *Carval* weiter, sei die „responsabilité civile“ von vornherein weniger ein Instrument des Ausgleichs denn „un outil de répression des fautes concurrentielles“, das seine Rechtfertigung darin finde, dass ein Zuviel an Freiheit diese zerstöre.¹⁰⁵⁷ Der durch sittenwidrige Wettbewerbsbehandlungen verursachte Schaden durch den „trouble commercial“¹⁰⁵⁸ sei zwar sehr real, aber unmöglich zu schätzen, zumal der Richter in der Regel, etwa bei Verwässerungsschäden, aufgerufen sei, ein bloßes Risiko zu bewerten, das sich erst Jahre später auswirken könne. Wenn die Richter den Schaden frei schätzten, sei in Wahrheit der Abschreckungseffekt entscheidend.¹⁰⁵⁹ Sie berichtet von einer unveröffentlichten Entscheidung des Appellationsgerichts von Douai, wonach „l’action en concurrence déloyale a pour finalité, non pas tant de réparer un préjudice causé à autrui, que de sanctionner la déloyauté des actes commis“.

¹⁰⁵² *Carval* n° 29ff.

¹⁰⁵³ Paris, 04.01.1988, D. 1989, somm. 92 (Brigitte Bardot, unanständige Fotos, 250.000 F.)

¹⁰⁵⁴ Dazu oben C. IV. 1.

¹⁰⁵⁵ *Carval* n° 33.

¹⁰⁵⁶ *Carval* n° 34.

¹⁰⁵⁷ *Carval* n° 116.

¹⁰⁵⁸ S. o. C. V.

¹⁰⁵⁹ *Carval* n° 121.

Auch in der Literatur habe diese Ansicht bereits prominente Anhänger. Seien etwa *Loussouarn* und *Bredin* noch 1963 der Ansicht gewesen, dass die «*action en concurrence déloyale*» nur kleinere Zwistigkeiten zwischen Marktteilnehmern regeln könne, nicht aber den Wettbewerb an sich bewahren könne, betonten *Serra* und *Azéma* heute die Funktion des Anspruchs, als marktpolitisches Steuerungsmittel zu dienen. Er ermögliche es „d’obtenir une concurrence saine et efficace“¹⁰⁶⁰ und diene der heimischen Wirtschaft:

« Comme l’indique M. Dupichot, l’enjeu n’est pas seulement déontologique, il est avant tout économique; de la décision des juges dépend l’avenir des entreprises les plus performantes de la nation, qui consacrent à la recherche et au développement des sommes en ‘progression géométrique’, et qui voient leurs implantations (et par conséquent les emplois qu’elles procurent) menacés par les professionnels de la copie. C’est un raisonnement semblable, enfin, qu’a tenu M. Desjeux dans un récent plaidoyer en faveur d’une protection renforcée des innovations pharmaceutiques; cet auteur invoque, en effet, pour encourager la Cour de cassation à ‘poursuivre sa politique réaliste de protection des intérêts légitimes de l’entreprise’, des impératifs aussi généraux que ‘la protection de la santé publique’ et la nécessité de donner à l’industrie pharmaceutique française les possibilités de ‘conserver sa place sur le marché mondial’. »¹⁰⁶¹

Das Recht müsse daher auf diesem Gebiet primär darauf bedacht sein, die Beachtung der Regeln durchzusetzen; dies bedinge, dass es auf den Schaden des Verletzten nicht mehr entscheidend ankomme.¹⁰⁶² Dagegen sei wichtig, dass der Verletzte gezwungen werde, den unlauter errungenen Gewinn zu restituieren. *Carval* erörtert und verwirft mögliche bereicherungsrechtliche Lösungen in Form der *action de in rem verso* und der dinglichen Klage aus art. 549 C. c.¹⁰⁶³ Stattdessen plädiert sie für eine Übernahme der Lösung des englischen Rechts, das deliktische Haftung und Bereicherungsrecht („restitution“) verbinde, indem es bei schwerem Verschulden einen Anspruch auf Herausgabe der Gewinne gewähre, die durch eine deliktische Handlung erlangt seien.¹⁰⁶⁴ Bei Schutzrechts- und Urheberrechtsverlet-

¹⁰⁶⁰ Serra, *Concurrence déloyale*, Ziffer 19, zitiert nach *Carval* n° 138.

¹⁰⁶¹ *Carval* n° 138.

¹⁰⁶² *Carval* n° 123 und 135; sie beruft sich auf *Serra* und *Azéma*; letzterer trete für eine stärkere Hervorhebung des «*caractère disciplinaire*» der «*action en concurrence déloyale*» ein. Dafür auch z. B. *Gautier* n 438f.; *Pollaud-Dulian* n° 1023.

¹⁰⁶³ Dazu oben E.

¹⁰⁶⁴ *Carval* n° 149ff.

zungen sei auch ein Verletzerzuschlag zur angemessenen Lizenzgebühr denkbar.¹⁰⁶⁵ Eine unverdiente Bereicherung des Verletzten liege darin nicht, wenn man den Strafschadensersatz als Entlohnung dafür betrachte, dass er sich im Interesse des Gemeinwohls den Mühen der Rechtsverfolgung unterzogen habe.¹⁰⁶⁶ Beträge, die eine angemessene Entlohnung weit überstiegen, wie die Millionenbeträge, die amerikanische Kläger mitunter erhielten, ließen sich so allerdings nicht rechtfertigen. Es erscheine daher sinnvoll, höhere Summen an den Staat abzuführen, wenn es sich bei dem Kläger nicht bereits um eine gemeinnützige Organisation handele.¹⁰⁶⁷ Ein besonderer Vorteil der Privatstrafe sei „qu’elle ne soit pas soumise à un principe de légalité aussi strict que celui qui gouverne le droit pénal“.¹⁰⁶⁸

¹⁰⁶⁵ Carval n° 254.

¹⁰⁶⁶ Carval n° 318.

¹⁰⁶⁷ Carval n° 318ff.

¹⁰⁶⁸ Carval n° 336.

G. Zinsen und Kosten

I. Zinsen

Schadensersatzforderungen und Forderungen aus ungerechtfertigter Bereicherung werden mit dem gesetzlichen Zinssatz (*taux légal*) verzinst (art. 1153 al. 1 in Verbindung mit art. 1153–1 al. 1 C. c.). Dieser wird für jedes Kalenderjahr durch Dekret festgesetzt (art. L. 313–2 C. mon. fin.).¹⁰⁶⁹ Die Prozesszinsen laufen für den Zeitraum ab Erlass des Urteils, wenn das Gericht nicht abweichend entscheidet (art. art. 1153–1 al. 1 C. c.) und erhöhen sich für den Zeitraum ab zwei Monate nach Erlass des Urteils um weitere fünf Prozentpunkte (art. L. 313–3 C. mon. fin.). Einer bis zum Urteil eingetretenen inflationsbedingten Geldentwertung kann das Gericht jedoch durch die Anpassung des Betrages Rechnung tragen.¹⁰⁷⁰ Dies wird ohne weiteres aus dem Grundsatz hergeleitet, dass das Gericht den Betrag des Schadens am Tag der Entscheidung zu schätzen hat.¹⁰⁷¹

Die Zuerkennung von Verzugszinsen, die den gesetzlichen Zinssatz übersteigen, setzt voraus, dass der Gläubiger einen besonderen Verzögerungsschaden nachweist, der durch die „*mauvaise foi*“ des Schuldners verursacht sein muss (art. 1153 al. 4 C. c.).¹⁰⁷² Wenn ein solcher Schaden nachgewiesen ist, können auch höhere Zinsen für Zeiträume vor dem Zeitpunkt des Urteils festgesetzt werden.

II. Kosten

Grundsätzlich trägt die unterliegende Partei die Kosten (art. 696 NCPC). Das Gericht kann ausnahmsweise davon abweichen, muss diese Entscheidung jedoch begründen (art. 696). Unterliegen beide Parteien teilweise, kann das Gericht die Kosten nach seinem Ermessen verteilen. Der Kassationshof erlaubt es den Gerichten, derartige Entscheidungen nicht zu begründen.¹⁰⁷³ Die Kosten des Rechts-

¹⁰⁶⁹ Für 2004 beträgt er 2,27%, Décret du 13 février 2004, J. O. n° 39 vom 15.02.2004, 3116.

¹⁰⁷⁰ Paris, 31.01.1985, Annales, 1986, S. 79; Paris, 01.07.1986, Annales, 1986, S. 279 (« *taux d'actualisation* » von 10%).

¹⁰⁷¹ Chartier, S. 43.

¹⁰⁷² Die in art. 1153 al. 1 C. c. am Ende erwähnten sonstigen Ausnahmen („*sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement*“) greifen nicht ein, vgl. dazu Terré/Simmler/Lequette, Rn. 604 unter a).

¹⁰⁷³ Com., 07.07.1983, Gaz. Pal. 1984. Pan. 10, m. krit. Anm. Guinchard.

streits werden offenbar häufig auch dann zur Gänze dem Verletzer auferlegt, wenn der Verletzte weitaus weniger Schadensersatz zugesprochen erhält als er verlangt hatte.¹⁰⁷⁴

Die Gerichte sprechen dem Verletzten häufig darüber hinaus billigen Ersatz für Rechtsverfolgungskosten zu, die in ersatzfähigen Kosten zunächst nicht enthalten sind.¹⁰⁷⁵ Art. 700 N. c. p. c. räumt ihnen hierfür ein freies Ermessen ein. Die so zuerkannten Summen können durchaus nennenswert sein.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷⁴ Vgl. TGI Paris, 20.12.1996, RIDA, Juli 1997. 351 (« David Copperfield »): Bekl. trägt die Kosten, obwohl der Kläger 7,5 Mio F verlangt hatte und 165.000 F. zugesprochen bekommt).

¹⁰⁷⁵ Paris, 16.2.1976: Annales, 1977.33.

¹⁰⁷⁶ Paris, 09.12.1995: PIBD 1995, III, S. 241: 50.000 F; Trib. Com. Paris, 05.01.1998, « Maxidico », RIDA, April 1998. 474: 100.000 F; Toulouse, 05.04.2000: PIBD 2000, III, 404: 150.000 F.

H. Mehrheiten von Verletzern und Verletzten: Ausgewählte Probleme

I. Mehrheiten von Verletzten

Bei der Feststellung, ob ein Recht in dem Sinne „verwertet“ wird, dass entgangener Gewinn durch entgangenen Absatz liquidiert werden kann,¹⁰⁷⁷ werden mehrere einem Konzern zugehörige Gesellschaften nicht als Einheit angesehen. So kann eine Konzerngesellschaft, die Inhaberin eines Patents ist, für das sie einer Tochtergesellschaft eine exklusive Lizenz erteilt hat, nicht den Gewinn, der der Tochter dadurch entgangen ist, dass sie infolge der Verletzung weniger erfindungsgemäße Produkte abgesetzt hat, selbst als Schaden liquidieren.¹⁰⁷⁸ In dem entschiedenen Fall hatte der Patentinhaber, ein US-amerikanisches Unternehmen, einer irischen Tochtergesellschaft eine Lizenz erteilt. Die Tochter stellte erfindungsgemäße Gegenstände her und zahlte als Lizenzgebühr an die Mutter 3% auf den von ihr in Frankreich gemachten Umsatz. Sie vertrieb ihre Produkte in Frankreich auch nicht selbst, sondern über einen holländischen Distributor, der sich in Frankreich wiederum eines anderen Unternehmens bediente. Wegen dieser Umstände war das Gericht sogar der Ansicht, dass auch die Lizenznehmerin das Patent nicht selbst „verwertete“.¹⁰⁷⁹

Ein Patentinhaber, der eine exklusive Lizenz vergeben hat, kann zudem nach einer Entscheidung des Pariser Appellationsgerichts von 1971 nur dann einen eigenen Schaden liquidieren, wenn sich die an ihn abgeführten Lizenzzahlungen infolge der Verletzung verringert haben.¹⁰⁸⁰ In einer Entscheidung von 1991 hat dasselbe Gericht allerdings einem Patentinhaber in derselben Situation eine Lizenzgebühr zugesprochen, ohne dies zu prüfen.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁷ S. o. Teil 3 C. III. 1. b).

¹⁰⁷⁸ Paris 02.03.1971 Recueil Dalloz 1972, S. 45, 47; Paris, 12.11.1991, Annales, 1992, p. 206, 210, bestätigt durch Com. 1.3.1994: PIBD 1994, III, p. 287, 288.

¹⁰⁷⁹ Com. 01.03.1994: PIBD 1994, III, S. 287 (« [La cour d'appel] a déduit justement de ces contestations, dont il résultait que ni le titulaire du brevet, ni son licencié ne faisaient sur le territoire français, par eux-mêmes, d'actes de fabrication, d'offre ou de mise dans le commerce des produits protégés, que ces derniers n'exploitaient pas le brevet en France »), zweifelnd dazu Mousseron/Schmidt in D. 1996, som. com. 20.

¹⁰⁸⁰ Paris 02.03.1971, D. 1972, 45, 47.

¹⁰⁸¹ Paris, 12.11.1991, Annales 1992, 206, 208 m. ablehnender Anm. Mathély.

II. Mehrheiten von Verletzern

Wenn mehrere Täter (ggf. auch aus unterschiedlichen Rechtsgründen) für denselben Schaden („unicité du dommage“) verantwortlich sind, kann jeder von ihnen auf den vollen Betrag in Anspruch genommen werden („responsabilité *in solidum*“).¹⁰⁸² Auch mehrere Verletzer „geistiger Eigentumsrechte“ haften *in solidum*. Der Verletzte kann sich aussuchen, welchen von mehreren Verletzern er in Anspruch nehmen will, und ist nicht gehalten, primär den Hersteller eines verletzenden Produkts in Anspruch zu nehmen.¹⁰⁸³ „Unicité du dommage“ liegt nicht vor, wenn mehrere Verletzer zwar zeitgleich, aber unabhängig voneinander dasselbe Recht verletzt haben.¹⁰⁸⁴ In einer Entscheidung von 1990 hat das Pariser Appellationsgericht allerdings einen Lieferanten zusammen mit dem Hersteller des verletzenden Produkts als Gesamtschuldner verurteilt, obwohl sich der Hersteller noch weiterer Händler bediente.¹⁰⁸⁵

Mit dem Problem, wie zu gewährleisten ist, dass der Verletzte von mehreren Verletzern seinen gesamten Schaden, aber auch nicht mehr als diesen ersetzt erhält, haben sich, soweit ersichtlich, bisher nur wenige Entscheidungen beschäftigt, die kein vollständiges Bild ergeben. Das Pariser Appellationsgericht hat entschieden, dass ein Verletzter insgesamt nicht mehr als den konkret erlittenen Schaden („le préjudice effectivement subi“) verlangen kann und daher, wenn er den Hersteller bereits in Anspruch genommen hat, von einem Händler nur noch den Ersatz eines bisher noch nicht ausgeglichenen Schadens verlangen kann.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁸² Dazu allgemein Terré/Simler/Lequette, Droit civil, Rn. 864.

¹⁰⁸³ Paris, 15.01.1999: PIBD 1999, III, 177; Paris, 03.04. und 20.05.1987: D. 1987. Som. 384. (Persönlichkeitsrechtsverletzung).

¹⁰⁸⁴ Com., 13.01.1971, D. 1971, 147, Anm. X. L.

¹⁰⁸⁵ Paris 27.06.1990, Ann. 1990, 81 m. ablehnender Anm. Mathély, der die Voraussetzung der Einheitlichkeit des Schadens („unicité du dommage“) für nicht erfüllt hält.

¹⁰⁸⁶ Paris, 10.05.1990, Annales 1990, 53, 57.

I. Zusammenfassung des Länderberichts Frankreich¹⁰⁸⁷

Im französischen Recht gibt es neben gewerblichen Schutzrechten einen auf die deliktische Generalklausel gestützten, allgemeinen Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs, der bei Schutzrechtsverletzungen ergänzend zur Anwendung kommen kann. Persönlichkeitsrechte ergeben sich z. T. aus dem allgemeinen Deliktsrecht, z. T. aus Spezialvorschriften. Den Rechten am eigenen Bild und an der eigenen Stimme wird eine vermögensrechtliche Komponente zuerkannt.

In der Praxis spielen allein Schadensersatzansprüche eine Rolle. Der zu ersetzende Schaden umfasst stets auch den immateriellen Schaden. Ein materieller Schaden wird zumeist konkret, insbesondere unter Berücksichtigung des Gewinns berechnet, der dem Verletzten dadurch entgangen ist, dass sein eigener Absatz in Folge der Verletzungshandlung geschmälert wurde. Dabei kommt dem Tatgericht ein großer Ermessensspielraum zu, den ihm der Kassationshof meist ungestört überlässt. Bei der Schätzung wird stets der Umfang der Verletzungshandlung und des Verletzergewinns als Ausgangspunkt genommen. Diese können durch den Einsatz unabhängiger Wirtschaftsprüfer und durch Anordnung der Vorlage von Unterlagen ermittelt werden; manchmal sind auch Informationen auf Grund der Durchführung einer „saisie-contrefaçon“, einer ohne Anhörung des Gegners durchgeführten Beschlagnahmeaktion, vorhanden. Zumindest bei der Verletzung von Patenten und Designs kommt dem Verletzten häufig eine Vermutung zugute, dass er den Gewinn des Verletzers selbst erzielt hätte oder eine entsprechende Anzahl eigener Produkte mit seiner eigenen (meist höheren) Gewinnmarge hätte absetzen können.

Erscheint unwahrscheinlich, dass bestimmte Geschäfte dem Verletzten entgangen sind, wird ihm manchmal durch Anwendung der „Theorie vom Verlust einer Chance“ geholfen, wonach bereits eine reelle Chance auf Vermögenmehrung durch Zuerkennung von Schadensersatz auszugleichen ist, dessen Höhe sich an dem Grad der Wahrscheinlichkeit orientiert, mit dem der Verletzte den Gewinn bei Unterbleiben der Verletzungshandlung gemacht hätte.

¹⁰⁸⁷ S. a. die Tabelle „Französisches Recht“ unter Teil 1 D.

In anderen Fällen wird auf die Zuerkennung einer angemessenen Lizenzgebühr ausgewichen. Sie kann auch neben entgangenem Gewinn gewährt werden, wenn der Verletzte einen Teil der Verletzergeschäfte bei Unterbleiben der Verletzung selbst hätte tätigen können. Bei Produktionsrechten und im Urheberrecht kommt sie als Einziges in Betracht, wenn der Verletzte sein Recht nicht „verwertete“, um Produkte herzustellen und selbst in Frankreich zu vermarkten. Es hat Ansätze gegeben, sie als verschuldensunabhängigen, „vindikationsähnlichen“ Anspruch einzustufen, der Kassationshof sieht sie jedoch als entgangenem Gewinn an. Er erlaubt ihre Erhöhung gegenüber der üblichen vertraglichen Lizenzgebühr, sieht diese Erhöhung jedoch, anders als manche Instanzgerichte, nicht als Strafzuschlag an, sondern als „souveräne“ tatrichterliche Schätzung des konkreten Schadens, der das übliche Entgelt übersteigen könne.

In wieder anderen Fällen werden dem Verletzten Schadensersatzbeträge wegen der Verursachung einer „atteinte au droit privatif“ oder eines „trouble commercial“ zuerkannt. Dies spielt insbesondere bei Zeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb eine große Rolle. Die Frage, worin dabei der Schaden konkret besteht, wird in den Entscheidungen uneinheitlich beantwortet. Manchmal wird er als immaterieller Schaden angesehen, häufiger werden jedoch materielle Schäden angeführt: durch Verlust der Marktstellung, Wertverlust des betroffenen Rechts oder Entwertung von Investitionen des Verletzten durch deren „parasitäre“ Ausbeutung.

Ein Anspruch auf den Verletzergewinn besteht nur im Urheberrecht und auf Grund spezialgesetzlicher Zulassung. Es ist umstritten, ob er lediglich auf den konkret zu berechnenden Schaden anzurechnen ist mit der Folge, dass diesen übersteigende Beträge nicht herauszugeben sind, oder ob es sich insoweit um eine Privatstrafe handelt; die Rechtsprechung vertritt die erstere Ansicht.

Bereicherungsansprüche werden insbesondere im Zusammenhang mit dem primär wettbewerbsrechtlichen Konzept des „Parasitismus“ von der Literatur manchmal ins Gespräch gebracht, in der Praxis spielen sie jedoch keine Rolle, da zum einen eine unmittelbare Vermögensverschiebung verlangt wird und zum anderen der Anspruch subsidiär gegenüber anderen Ansprüchen ist, und zwar auch dann, wenn diese im Ergebnis scheitern.

Eine starke Fraktion in der Literatur tritt dafür ein, bei der Verletzung „geistigen Eigentums“ und von Persönlichkeitsrechten Privatstrafen zu verhängen. Sie meint,

dass die Rechtsprechung solche Strafen unter dem Deckmantel der souveränen Schadensschätzung ohnehin bereits ausspreche.

(Nur) exklusive Lizenznehmer können eigene Ansprüche geltend machen. Mehrere Verletzer haften gesamtschuldnerisch; der Verletzte kann von mehreren Schuldnern nicht eine Summe verlangen, die seinen tatsächlich erlittenen Schaden übersteigt.

