

## Teil 5 Vergleich und Stellungnahme

In den drei untersuchten Rechten werden folgende Ansätze für die Berechnung von Zahlungsansprüchen bei der Verletzung „geistigen Eigentums“ angewandt oder diskutiert:

- Der Ausgleich konkreter Vermögenseinbußen des Berechtigten, insbesondere des ihm entgangenen Gewinns.
- Die nachträgliche Zahlung eines Entgelts für die Vornahme der rechtsverletzenden Handlung.
- Die Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns.
- Privatstrafen.

Die untersuchten Rechte weichen zunächst insofern voneinander ab, als jeweils unterschiedliche Ansätze in der Praxis den Vorzug genießen:

In England und Frankreich ist meist der konkrete entgangene Gewinn die wichtigste Position. Die Festsetzung eines angemessenen Entgelts für die vom Verletzer vorgenommene Handlung fungiert hier nur als Notbehelf für den Fall, dass ein konkreter entgangener Gewinn durch entgangenen Absatz nicht feststellbar ist. In Deutschland wird dagegen in der überwiegenden Zahl der Fälle ein angemessenes Entgelt zugesprochen. Das dürfte für den Verletzten häufig ungünstig sein, da dabei (wie auch bei der Herausgabe des Verletzergewinns) der Gesichtspunkt nicht berücksichtigt wird, dass die verletzte Rechtsposition dem Berechtigten gerade die Freiheit einräumt, ob und wie er darüber zwecks Gewinnmaximierung disponieren will.<sup>1590</sup> Als Indiz sei auf eine französische Entscheidung hingewiesen, in der der mit der Schadensermittlung betraute Sachverständige keinen entgangenen Gewinn für nachgewiesen hielt. Er berechnete eine Schadensersatzlizenz in Höhe von 1,9 Mio F. Das Gericht hielt den konkreten Schaden (entgangenen Gewinn und Rufschaden) dagegen doch für schätzbar und sprach der Klägerin 12,9 Mio F. konkreten Schadensersatz zu.<sup>1591</sup>

Die Herausgabe des Verletzergewinns kann in Frankreich nur bei Urheberrechtsverletzungen verlangt werden. In Deutschland und England ist der Anwendungsbereich des Gewinnherausgabeanspruchs größer. Allerdings ist es im gewerblichen

<sup>1590</sup> Dreier, Kap. 8 I. 4. b), S. 253.

<sup>1591</sup> Paris, 21.03.2001: Annales 2001, 269.

Rechtsschutz sehr schwierig, die Höhe dieses Anspruchs zu ermitteln, und seine praktische Bedeutung ist gering.

Die Unterschiede hinsichtlich der bevorzugten Berechnungsmethode dürften darauf zurückzuführen sein, dass die Möglichkeiten, mutmaßliche Verletzer auch gegen ihren Willen zur Preisgabe von Informationen zu zwingen, sowie das Beweismaß und die Größe des Ermessensspielraums der Tatgerichte bei der Ermittlung und Festsetzung des Anspruchs sehr unterschiedlich sind (dazu A.).

Die dogmatische Begründung der Ansprüche auf angemessenes Entgelt und auf Herausgabe des Verletzergewinns sowie das Verhältnis der nach den unterschiedlichen Ansätzen berechneten Ansprüche zueinander sind nicht abschließend geklärt. Dies führt wiederum zu zahlreichen Unsicherheiten hinsichtlich der Berechnung der Gesamthöhe der Ansprüche und der Frage, wann sie endgültig befriedigt sind. Diese Fragen sowie die Frage, ob es sinnvoll ist, der Privatstrafe breiteren Raum einzuräumen, werden in den Abschnitten B bis F untersucht.

## A. Sachverhaltsaufklärung und gerichtliches Ermessen

### I. Sachverhaltsaufklärung

In Bezug genommene Ausführungen aus vorhergehenden Teilen der Untersuchung:

Zu TRIPS und derRL (Teil 1 C)	Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
II.	B.	B.	B.

#### 1. Beibringungsgrundsatz vs. prozessuale Aufklärungspflicht

Ins Auge sticht der Kontrast zwischen den Ausgangspunkten des deutschen Prozessrechts einerseits und des englischen und französischen Prozessrechts andererseits. Das deutsche Recht begreift den Prozess als Duell, für das die Prozessordnung lediglich einen formalen Rahmen zur Verfügung stellt, und weigert sich, eine Partei zu zwingen, „dem Gegner die Waffen für dessen Prozesssieg zu reichen“. Dieser Grundsatz kann nicht durchgehalten werden, was zu seiner vielfachen, aber unsystematischen Durchbrechung geführt hat. Das führt zu einer unübersichtlichen Rechtslage sowie zu verbleibenden Härten gegenüber Anspruchstellern, deren Fälle von keiner Ausnahmeregelung erfasst werden.<sup>1592</sup>

Das englische und das französische Prozessrecht stehen dagegen primär im Dienst der Wahrheitsermittlung, erlegen den Parteien Treuepflichten auf und zwingen sie (u. U. auch Dritte) zur Offenlegung auch von für sie ungünstigen Sachverhaltselementen.

Am weitesten geht dabei das englische Recht, das von den Parteien in einem standardisierten Verfahren die Offenbarung auch von Unterlagen und Umständen verlangt, die für ihre Sache ungünstig sind. Allerdings wurde die „discovery“ bei der Zivilprozessrechtsreform 1999 eingeschränkt, da man feststellen musste, dass das System leider keineswegs „real justice“ bewirkte<sup>1593</sup>, da auf Grund der horrenden Kosten ziviler Rechtsschutz in England „nur für die sehr Armen und für die sehr

<sup>1592</sup> Lindemeier, S. 215.

<sup>1593</sup> Vgl. den Ausspruch von Sir John Donaldson MR in *Davies v. Eli Lilly & Co.* [1987] 1 All E. R. 801, 804, oben Teil 4 B Einleitung.

Reichen erhältlich“ ist. Zudem erwies sich die extensive „discovery“ auch in Verfahren, in denen die Parteien über die nötigen finanziellen Mittel verfügen (wie in vielen Patentstreitigkeiten), häufig als schädlich oder zumindest nicht als nützlich.<sup>1594</sup> Ob zumindest die reduzierte „standard disclosure“ praktikabel ist, muss sich noch erweisen.

Im französischen Recht ist die Offenlegung insofern gebremst, als jegliche Sachverhaltsermittlung, die über die Übermittlung von Unterlagen hinausgeht, auf die die jeweilige Partei selbst sich im Prozess bezogen hat, eine Einzelentscheidung des Gerichts erfordert.

Sowohl das deutsche als auch das englische Recht haben sich im Rahmen der jeweiligen Zivilprozessrechtsreformen deutlich auf das französische Modell zu bewegt. In England soll nunmehr das Gericht den Vorgang der Unterlagen-Offenlegung aktiv steuern und die bisherigen Missbräuche und Fehlentwicklungen verhindern. In Deutschland wurden die §§ 142, 144 ZPO nach allerdings bestrittener Ansicht so erweitert, dass das Gericht einer Partei die Vorlage von Beweismitteln aufgeben kann, auch wenn der anderen, durch die Vorlageanordnung begünstigten Partei kein materiellrechtlicher Vorlageanspruch zusteht. Wer mit der Gegenansicht §§ 422f. ZPO auf diese Vorlageanordnungen anwenden will, könnte TRIPS und der Richtlinie nur durch eine erhebliche Erweiterung der §§ 809f. BGB genügen. Dies erscheint aber als unnötig komplizierter Weg. Konsequenz und auch im Hinblick auf eine allmähliche Konvergenz des europäischen Zivilverfahrensrechts sinnvoll wäre es, dem Gericht in allen Zivilverfahren ein flexibles Instrument zur Beweismittelbeschaffung an die Hand zu geben. Die damit verbundene Zurückdrängung des Grundsatzes der lediglich formalen Waffengleichheit der Parteien wäre prinzipiell begrüßenswert. Denn die bestehenden, unsystematischen Ausnahmen vom Beibringungsgrundsatz bewirken ungleiche und daher ungerechte Zustände, und grundsätzlich ist nicht einzusehen, warum in der Sache berechnete Ansprüche dann scheitern sollten, wenn der Schädiger zufällig in der Lage ist, die entscheidenden Informationen zurückhalten zu können. Ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung derartiger Informationen besteht von vornherein nicht; es ist falsch, einen derartigen Eingriff stets als unfairen Eingriff in die Verhandlungsfreiheit anzusehen. Abgesehen davon, dass jedes Urteil,

---

<sup>1594</sup> Zu Recht kritisiert daher Lang, S. 264, den insoweit stark englisch geprägten Storme-Entwurf für eine einheitliche europäische Regelung, der die in England zu dieser Zeit bereits geführte Diskussion über den Reformbedarf nicht berücksichtigte.

das sachlich unrichtig ist, weil es einer Partei gelungen ist, relevante Tatsachen geheimzuhalten, den Respekt beider Parteien für die Rechtsordnung erschüttert, verletzt es die legitimen Interessen der benachteiligten Partei. Wie *Schaaff* bereits zutreffend ausgeführt hat, widerspricht eine Aufklärungspflicht in diesen Fällen nicht dem Verhandlungsgrundsatz, vielmehr sichert sie sein Funktionieren.<sup>1595</sup> Problematisch ist die Aufklärungspflicht ausschließlich deshalb, weil der Aufklärungspflichtige typischerweise gezwungen ist, mehr als die tatsächlich erforderlichen Informationen zu offenbaren. Die Frage ist daher, wie verhindert werden kann, dass ihm dadurch Schaden zugefügt wird oder dass eine Aufklärungspflicht missbraucht wird, um vertrauliche Angelegenheiten auszuforschen oder den Verpflichteten zu schikanieren.

## **2. Speziell die Anspruchshöhenermittlung bei der Verletzung „geistigen Eigentums“**

Die Unterschiede zwischen den Prozessrechten treten bei der Anspruchshöhenermittlung bei Verletzungen „geistigen Eigentums“ weniger stark hervor, als man zunächst vermuten könnte, da hier auch im englischen Recht meist ein „split trial“ durchgeführt und die Offenlegung der für die Anspruchshöhe relevanten Unterlagen erst angeordnet wird, wenn der Anspruch dem Grunde nach feststeht. In diesem Stadium gewährt auch das deutsche Recht dem Kläger einen umfassenden Auskunftsanspruch. Erst seit kurzem gewährt das englische Recht dem Kläger bereits vor der Wahl zwischen „damages“ und „account of profits“ Anspruch auf zumindest einige Auskünfte, die ihm eine informierte Wahl ermöglichen.<sup>1596</sup>

Es ist zu vermuten, dass die genaue Feststellung der Anspruchshöhe umso schwieriger wird, je länger der relevante Zeitraum zurückliegt. Es stellt daher einen erheblichen Vorteil für den Kläger dar, wenn er in der Lage ist, Informationen bereits in einem früheren Stadium des Verfahrens zu erlangen. Dies ermöglichen ihm die englische „search order“ und die französische „saisie-contrefaçon“. Ein Gegenstück im deutschen Prozessrecht, das auch die Beschlagnahme relevanter Unterlagen ermöglichen würde, gibt es im deutschen Recht

---

<sup>1595</sup> *Schaaff*, S. 131f.

<sup>1596</sup> Dazu Teil 4 B. I. 2.

bisher nicht. Aber auch die „search order“ ist wegen der außerordentlichen Belastung, die sie für den Beklagten bedeutet, sowie des in den ersten Jahren nach Einführung der *Anton Piller order* offenbar gewordenen Missbrauchspotenzials heute von hohen Voraussetzungen abhängig, und die Zahl der entsprechenden Anordnungen ist nicht mehr sehr hoch.<sup>1597</sup> Das französische Recht erscheint dagegen im Hinblick auf die Informationspflichten besonders klägerfreundlich: Neben der Möglichkeit der „saisie-contrefaçon“ besteht auch im kontradiktorischen Verfahren bereits vor der Entscheidung über den Anspruchsgrund und sogar in Eilverfahren die Möglichkeit, eine umfassende Offenlegung von Unterlagen anzuordnen. Die referierte Entscheidung des Kassationshofs vom 07.01.1999, die eine in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangene, sehr weit gehende Offenlegungsanordnung bei einem Verstoß gegen das allgemeine Wettbewerbsrecht betraf<sup>1598</sup>, könnte die Instanzgerichte ermutigt haben, einen derartigen Kurs häufiger einzuschlagen.

Demgegenüber hat die deutsche Rechtsprechung den – erst nach Feststellung des Anspruchsgrundes zu erfüllenden – Auskunftsanspruch sehr fein differenziert ausgestaltet; sie ist insbesondere im allgemeinen Wettbewerbsrecht und im Markenrecht mit der Begründung zurückhaltend, dass hier ohnehin stets allenfalls ein Teil des Verletzergewinns herausverlangt werden könne und somit die Anspruchshöhe ohnehin nur geschätzt werden könne.<sup>1599</sup>

Entscheidende Bedeutung hat außerdem die konkrete Umsetzung der Informationsansprüche. Es fällt auf, dass ihre Durchsetzung und die Kontrolle ihrer Erfüllung in England und Frankreich deutlich effektiver sind als in Deutschland. Abgesehen davon, dass in Deutschland Sanktionsmöglichkeiten des Gerichts fehlen, beschränken sich die Informationsansprüche hier in der Regel auf die Erteilung von Auskünften durch den Verpflichteten. Dagegen sind im englischen und französischen Recht die Unterlagen zur Verfügung zu stellen, mitunter arbeiten Sachverständige auch vor Ort in den Räumen der Partei.<sup>1600</sup> Die Aufklärungsmöglichkeiten könnten sich in Zukunft in Folge der Änderung der §§ 142, 144 ZPO und eine großzügigere Auslegung des § 809 BGB durch den BGH verbessern. Darauf wird sogleich unter 3. eingegangen.

---

<sup>1597</sup> Dazu Teil 4 B. IV. 2.

<sup>1598</sup> Dazu oben Teil 3 B. I. 3.

<sup>1599</sup> Teil 2 B. II. 6. b).

<sup>1600</sup> Vgl. Teil 4 B. VI.

### 3. **Stellungnahme; Implikationen von TRIPS und der RL 2004/48/EG für das deutsche Recht**

Art. 43 Abs. 1 TRIPS und Art. 6 Abs. 1 RL 2004/48/EG sehen vor, dass das Gericht die Möglichkeit haben muss, die Vorlage von Beweismaterial anzuordnen, das sich in der Verfügungsgewalt der gegnerischen Partei befindet. Der geeignete Ort zur Umsetzung dieser Vorschriften sind die §§ 142, 144 ZPO. Nach der Gegenansicht, die § 422f. ZPO auf Vorlageanordnungen nach §§ 142, 144 ZPO anwenden will, wäre zusätzlich eine Erweiterung der §§ 809f. BGB erforderlich.

Sowohl Art. 43 TRIPS als auch Art. 6 der Richtlinie setzen voraus, dass diejenige Partei, die von der anderen Partei die Vorlage von Beweismitteln verlangt, ihren Anspruch „hinreichend begründet“ und die im Besitz der anderen Partei befindlichen Beweismittel „bezeichnet“ haben muss. Das lässt sehr unterschiedliche Interpretationen der Fragen zu, wie substantiiert der Vortrag der eine Vorlageanordnung begehrenden Partei sein muss. Die deutsche Rechtsprechung hat §§ 142, 144 ZPO bisher eher restriktiv ausgelegt und kann sich dabei auf die Regierungsbegründung stützen, in der ausgeführt wird, die neu gefassten Vorschriften befreien die Parteien nicht von ihrer Darlegungs- und Substanziierungslast. Das OLG Frankfurt hat (nicht in einem Fall der Verletzung „geistigen Eigentums“) sogar verlangt, dass die Informationen begehrende Partei vortragen müsse, was sich aus den Unterlagen, deren Vorlage sie verlangt, ergeben soll.<sup>1601</sup> Letzteres würde – auf Fälle der Verletzung „geistigen Eigentums“ angewandt – sowohl dem Geist der TRIPS-Regelung als auch Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie widersprechen, die nur verlangt, dass die Unterlagen „bezeichnet“ werden.

Art. 6 Abs. 2 der RL 2004/48/EG sieht, anders als Art. 43 TRIPS, ausdrücklich vor, dass auch die Übermittlung von Finanz- und Buchhaltungsunterlagen angeordnet werden kann. Grundsätzlich könnte dies unter den sehr weiten Wortlaut des § 142 ZPO fallen, in der Praxis dürfte es bisher jedoch nicht vorgekommen sein. Welche Fälle „geeignet“ sind, um eine solche Anordnung zu treffen, verrät die Richtlinie nicht.

Unausgewogen wäre die Richtlinie, wenn aus der Formulierung „zur Begründung ihrer Ansprüche“ in Art. 6 Abs. 1 zu schließen wäre, dass die Möglichkeit, die Übermittlung von Beweismaterial anzuordnen, nur zulasten des Beklagten bestehen soll. Auch hinsichtlich der Angaben des Klägers kann durchaus Kontrollbedarf bestehen. §§ 142, 144 ZPO und die bereits bestehenden, einschlägigen Re-

<sup>1601</sup> S. o. Teil 2 B. I. 2. b).

gelingen in Frankreich und England sind demgegenüber richtigerweise nicht auf Anordnungen zu Gunsten des Klägers begrenzt.

Weiter verbessert sich die Lage des Klägers dadurch, dass Art. 8 der RL 2004/48/EG Auskunftsansprüche vorsieht, die sich – anders als bisher im deutschen Recht und auch anders als der Auskunftsanspruch nach Art. 47 TRIPS – auch gegen bestimmte Dritte richten können, die unwissentlich an der Verletzung mitgewirkt haben, und auch Angaben über Preise einschließen. Der Kreis der Auskunftspflichtigen ist sehr groß, vielleicht zu groß, insbesondere lädt Art. 8 Abs. 1 d) zu fragwürdigen Kronzeugen-Deals zwischen Rechtsinhaber und (angeblichem) Verletzer geradezu ein. Wegen der Missbrauchsgefahr und der möglichen schädlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb, gerade bei geringfügigen Verletzungen, ist zu begrüßen, dass die Reichweite der Auskunftsansprüche von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung abhängig gemacht wird („soweit angebracht“).

Art. 7 und Art. 9 der Richtlinie sehen einschneidende Maßnahmen zur Sicherung von Beweisen und zur Sicherung der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen des Rechtsinhabers vor, die auch ohne Anhörung des Antragsgegners angeordnet werden können. Während Art. 9 wohl unstrittig das Arrestverfahren betrifft (§§ 916ff. ZPO), bestehen für Art. 7 Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der Frage, wohin die Umsetzungsvorschriften sachlich gehören. Unter rechtssystematischen Gesichtspunkten erscheint es sinnvoll, die in Art. 7 genannten Maßnahmen als eine spezielle Form des selbstständigen Beweisverfahrens (§§ 485ff. ZPO) zu normieren. Demgegenüber setzt das Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums zur Umsetzung der Richtlinie bei Art. 7 wie bei Art. 6 auf eine Lösung über materiellrechtliche Vorlageansprüche, die erst einmal richtlinienkonform erweitert werden müssten und die dann vor oder während eines Hauptsacheverfahrens mittels einstweiliger Verfügung durchgesetzt werden müssten. Die Wahl dieser Lösung würde bedeuten, dass das deutsche Recht seinen Sonderweg, genuin prozessrechtliche Probleme in das materielle Recht zu verlagern, noch ausbauen würde, obwohl nicht ersichtlich ist, welche Vorteile diese besonders unübersichtliche Lösung eigentlich haben soll.

Inhaltlich ist die Regelung in Art. 7 der Richtlinie insofern zu begrüßen, als sie die Sachverhaltsermittlung in eindeutigen Fällen erleichtern wird. Auf diese beschränkt die Richtlinie sie jedoch nicht ausdrücklich, was als sehr problematisch angesehen werden muss. Es fehlen Vorgaben zu der Frage, wie substantiiert der Antragsteller seinen Anspruch vorgetragen haben muss. Allenfalls lässt sich aus



Abs. 1, letzter Satz schließen, dass es dem Gericht zumindest wahrscheinlich erscheinen muss, dass der Anspruch besteht, denn anderenfalls kann es nicht annehmen, dass dem Antragsteller bei Unterbleiben der Maßnahme ein Schaden entstehen wird. Dies erscheint jedoch als Mindestvoraussetzung bei weitem zu wenig. Die Intensität der möglichen Eingriffe ist außerordentlich, vor allem wenn zugleich gemäß Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie Vermögenswerte des Antragsgegners eingefroren und die „dingliche Beschlagnahme“ der Ware sowie der Gerätschaften des Antragsgegners angeordnet wird. Es ist anzumerken, dass die letztgenannte Maßnahme selbst im französischen Recht, das hier Pate gestanden hat, gar nicht als Beweissicherungsmaßnahme gilt. Zusammengenommen können die Maßnahmen dazu führen, dass ohne Anhörung des Betroffenen ein Unternehmen geschlossen wird. Genau diesen Zweck erfüllen häufig auch die entsprechenden Institute des englischen Prozessrechts. Aus den referierten Entscheidungen ergibt sich, dass die *Anton Piller order* in den ersten Jahren nach ihrer Einführung in England (zusammen mit der *Mareva injunction*, jetzt „freezing injunction“) von Klägern mitunter bewusst mit dem Ziel eingesetzt wurde, Konkurrenz im Keim zu ersticken, wobei sie – meist zutreffend – darauf vertrauten, dass der Beklagte nicht die erforderliche Finanzkraft haben würde, um sich zur Wehr zu setzen. Es gab auch Fälle, in denen geringfügige Verletzungen der Rechte des Antragstellers zu einem drakonischen Vorgehen gegen den Antragsgegner führten.<sup>1602</sup> Dies ist umso alarmierender, als die Voraussetzungen, die der Court of Appeal in der Leitentscheidung aufgestellt hatte, streng erscheinen.

Beweissicherungsmaßnahmen sollten von folgenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden:

- Der Antragsteller muss konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Verletzung vorgetragen haben, die so detailliert sind, wie man es in Anbetracht des jeweiligen Sachverhalts vernünftigerweise erwarten kann.
- Der Kläger muss die Beweismittel so genau bezeichnen, wie dies unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise zu erwarten ist. Er muss nicht vortragen, was sich aus den Unterlagen ergeben soll.
- Je einschneidender die angeordnete Maßnahme, desto wahrscheinlicher muss dem Gericht die behauptete Verletzung erscheinen. Bei einer ohne Anhörung des Antragsgegners getroffenen Maßnahme sollte die Verletzung so gut wie gewiss erscheinen.

---

<sup>1602</sup> S. Teil 4 B. IV. 2.

- Das Interesse des Antragstellers an einer Aufklärungsmaßnahme muss das Interesse des Antragsgegners überwiegen,
  - ▷ dass im Falle seiner Unschuld keine vertraulichen Informationen preisgegeben werden,
  - ▷ und dass auch dann, wenn er eine Verletzung begangen hat, durch die Beweisermittlungsmaßnahme nicht zugleich Informationen offengelegt werden, die mit der Verletzung nicht in Zusammenhang stehen, d. h. auch im Fall des Nachweises einer Verletzung ist der Umfang der angeordneten Offenlegung sorgfältig abzuwägen.

In Bezug auf den letzten Punkt stellt sich die Frage, wie die Verletzung von Geheimhaltungsinteressen des Antragsgegners verhindert werden kann.

In Verfahren zum Anspruchsgrund werden in England und in Frankreich gelegentlich „confidentiality clubs“ gebildet. Bei einfacheren Fragestellungen sollte die Bildung eines derartigen „confidentiality club“ möglich sein, sofern bei der Verletzung technischer Schutzrechte in diesen „club“ auch Sachverständige und Patentanwälte aufgenommen werden. Diese Ausnahme von dem Grundsatz, dass das Verfahren kontradiktorisch zu sein hat und die Beweisaufnahme der Parteiöffentlichkeit unterliegt, rechtfertigt sich damit, dass diese Vorgehensweise für die nur mittelbar vertretene Partei vorteilhaft ist, da die Alternative wäre, die Beweiserhebung erst gar nicht anzuordnen. Die Aufnahme solcher Regelungen in die ZPO würde allerdings die Einführung wirksamer Sanktionen für den Fall voraussetzen, dass die Verschwiegenheitspflichten, die den Mitgliedern dieses „club“ auferlegt werden, verletzt werden.

In manchen Fällen bleiben auch nach der Offenlegung der Informationen für den Antragsteller noch Zweifel bezüglich des weiteren Vorgehens bestehen, da sich die Erfolgsaussichten im Prozess dann immer noch nicht sicher abschätzen lassen und diejenigen, die über die technischen Informationen verfügen, nicht die Kompetenz für die zu treffende kaufmännische Entscheidung über das weitere Vorgehen im Prozess besitzen, während den Entscheidungsträgern die relevanten Informationen fehlen. Die Entscheidung, einen Vertreter der Partei in den „confidentiality club“ aufzunehmen, sollte dann sehr schwer fallen. Selbst die englischen Entscheidungen, in denen derartige Anordnungen getroffen wurden, sprachen offen aus, dass die Einhaltung der Verpflichtung nicht wirksam überwacht werden könne, und appellierten letztlich an Ehre und Moral des Verantwortlichen. In der Regel wird es aber der anderen Partei nicht zuzumuten sein, sich darauf zu verlassen,

dass die gegnerische Partei – die sich meist gegen die Auferlegung der Verschwiegenheitspflicht im Prozess gewehrt haben wird – sich in diesem Sinne ehrenhaft verhalten wird. Wird allerdings darauf verzichtet, einen entscheidungsbefugten Vertreter der Partei, die die Offenlegung verlangt, zu dem „confidentiality club“ zuzulassen, werden sich deren Berater, die diesem Klub angehören, in einer prekären Lage befinden, da die Partei sie unter Druck setzen wird, ihr entweder verbotenerweise die Informationen zu offenbaren oder ihr die Entscheidung über das weitere Vorgehen abzunehmen. Daher sollte das Gericht, wenn es die Offenbarung der Informationen allenfalls unter Ergreifung von Vorkehrungen zur Wahrung der Vertraulichkeit gegenüber einer Partei in Betracht zieht, bereits die Offenlegung in aller Regel davon abhängig machen, dass diese die Mitglieder des „confidentiality club“ aller Wahrscheinlichkeit nach in die Lage versetzen wird, die Partei hinsichtlich des weiteren Vorgehens zu beraten, ohne ihre Verschwiegenheitspflicht zu verletzen und ohne eine kaufmännische Entscheidung treffen zu müssen, die der Partei vorbehalten ist.

Bei der Ermittlung der Schadenshöhe werden dagegen in England und Frankreich keine „confidentiality clubs“ gebildet, da ein berechtigtes Interesse der Parteien an der Geheimhaltung der Daten, aus denen sich bei einer nachgewiesenen Verletzung die Anspruchshöhe ergibt, nicht anerkannt wird. Dem ist zuzustimmen. Soweit – wie meist – die relevanten Daten aus Unterlagen gewonnen werden müssen, die auch andere Daten enthalten, sollten sie durch unabhängige Sachverständige gefiltert werden.<sup>1603</sup> Ähnliche Schwierigkeiten wie diejenigen, die, wie gezeigt, in Verfahren zum Anspruchsgrund entstehen können, dürften dabei nicht auftreten.

## II. Beweismaß und gerichtliches Ermessen bei der Ermittlung der Anspruchshöhe

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
Schadensersatz C. II.	C. II.; C. III.	C. I. 2.
C. I. (Bereicherungsrecht)		Entgangener Gewinn: C. II. 1. a)

<sup>1603</sup> Ebenso Dreier, Kapitel 15, IV. 2. b) cc), S. 587.

Die Ausgangsbasis für die Gerichte in den untersuchten Rechten ist bereits insofern unterschiedlich, als das Beweismaß in Zivilsachen im Allgemeinen in Frankreich und Deutschland die volle Überzeugung des Richters ist, während ein englisches Gericht eine Tatsache bereits dann als nachgewiesen erachtet, wenn sie ihm wahrscheinlicher erscheint als ihr Nichtvorliegen, m. a. W. wenn das Gericht die Wahrscheinlichkeit der Tatsache mit mindestens 51:49 bewertet. Der auf den ersten Blick enorm erscheinende Unterschied wird allerdings dadurch relativiert, dass das Wahrscheinlichkeitsurteil in England erst auf der Basis einer Untersuchung des Sachverhalts durch das Gericht ausgesprochen wird, die als minutiös zu bezeichnen eine Untertreibung wäre.

Bei der Ermittlung der Anspruchshöhe besitzen die Gerichte in allen Rechten einen größeren Freiraum als sonst bei der Tatsachenfeststellung. In Frankreich und England stellt das Konzept des „Schadensersatzes für den Verlust einer Chance“ eine weitere Erleichterung für den Schadensersatzkläger dar; auf dieses wird gesondert eingegangen.<sup>1604</sup>

In Frankreich wird den Tatgerichten ein besonders umfangreicher Entscheidungsspielraum eingeräumt (Stichwort „*appréciation souveraine*“). Insbesondere müssen die Tatrichter in den Entscheidungsgründen nicht angeben, welche Tatsachen sie der Schätzung zu Grunde gelegt haben und wie sich die zuerkannte Summe auf einzelne Schadenspositionen verteilt. Auch brauchen Nichtvermögensschäden nicht von Vermögensschäden unterschieden zu werden. Die Gerichte machen von diesem Freiraum regen Gebrauch, überprüfen vorhandene konkrete Angaben jedoch auch kritisch.<sup>1605</sup>

Die Schätzung kann revisionsgerichtlich auf Rechtsfehler überprüft werden, jedoch hält der Kassationshof sich dabei sehr zurück. Er weist auch Berechnungsfragen vielfach der Sphäre der tatrichterlichen „*appréciation souveraine*“ zu. Beispiele dafür sind die Einführung des Konzepts des „*tout commercial*“ zur Bestimmung des auf die Schutzrechtsverletzung entfallenden Gewinnanteils<sup>1606</sup> sowie die Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr<sup>1607</sup>. Andererseits werden dennoch gelegentlich Fehler bei der Wahl der Berechnungsmethode als Rechtsfehler beanstandet.<sup>1608</sup>

<sup>1604</sup> Nachfolgend B. II.

<sup>1605</sup> Vgl. Teil 3 C. II; C. III. 1. b); C. III. 3.

<sup>1606</sup> S. o. Teil 2 C. II. 3. a) aa) zur Entscheidung „*Brevet Auer*“.

<sup>1607</sup> S. o. Teil 2 C. II. 3. a) bb) (2).

<sup>1608</sup> Vgl. Teil 2 C. II. 3. b).

Die relative Entscheidungsfreudigkeit der Tatgerichte wird hier erkaufte durch geringere Möglichkeiten der unterliegenden Partei, die Schätzung anzugreifen oder auch nur zu erfahren, wie das Gericht die zugesprochene Summe errechnet hat, sowie durch eine geringere Konsistenz der Rechtsprechung<sup>1609</sup>.

In England kann die Überprüfung zwar sehr stark ins Detail gehen<sup>1610</sup>, die Zahl der Rechtsmittelverfahren ist jedoch so gering, dass die Tatgerichte in der Praxis häufig allein entscheiden. Sofern das Gericht überzeugt ist, dass ein Schaden eingetreten ist – aber auch nur dann –, wird ein Mindestschaden auch dann geschätzt, wenn für seine Höhe keine Anhaltspunkte vorliegen.<sup>1611</sup>

Dagegen ist die Stellung des Tatrichters in Deutschland vergleichsweise schwach. Zwar sieht § 287 ZPO vor, dass das Gericht über Ob und Ausmaß eines Schadens sowie über die Höhe einer sonstigen Forderung nach „freier Überzeugung“ (§ 287 ZPO) entscheidet, die Größe seines Freiraums bleibt jedoch weit hinter der des französischen Tatrichters zurück. Bei diesem Befund muss es verblüffen, wenn daran erinnert wird, dass § 260 CPO (§ 287 ZPO) das französische „pouvoir souverain du juge“ zum Vorbild hatte.<sup>1612</sup> Der BGH überprüft Schätzungen mitunter äußerst detailliert. Darüber hinaus ist seine Haltung zu der in Verletzungsfällen häufig wichtigen Frage, ob beim Fehlen konkreter Anhaltspunkte für die Schadenshöhe ein Mindest- oder sogar ein mittlerer Schaden geschätzt werden darf, widersprüchlich. Diese, in Frankreich wie England bejahte Frage<sup>1613</sup> hat der BGH mehrfach ausdrücklich verneint und erklärt, auch ein berechtigter Anspruch könne am Fehlen von substantiiertem Vortrag zur Höhe scheitern.<sup>1614</sup> Selbst die Entscheidungen, die sich für die Schätzung eines Mindestschadens aussprechen, versuchen eine Quadratur des Kreises, indem auch dann nicht von der Voraussetzung der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und der Notwendigkeit „irgendwelcher Anhaltspunkte“ abgerückt wird. Es ist verständlich, wenn die Instanzgerichte es dann vorziehen, eine restriktive Haltung einzunehmen.

Zu befürworten ist daher zum einen eine größere Zurückhaltung des BGH bei der Überprüfung der Schadensschätzungen. Außerdem sollte das Erfordernis der über-

---

<sup>1609</sup> S. z. B. Teil 3 C. III. 1. b) aa) (1).

<sup>1610</sup> Vgl. nur die General Tire-Entscheidung, Teil 3 C. II. 2. c) aa).

<sup>1611</sup> Vgl. Teil 4 C II. 1. a) bb).

<sup>1612</sup> Hans Stoll AcP 176, 146, 183. Vgl. auch RGZ 6, 356, oben Teil 2 C. II. 1. a) cc).

<sup>1613</sup> S. Teil 3 C. III. 3, Teil 4 C. II. 1. a) bb).

<sup>1614</sup> S. Teil 2 C. II. 1. a) aa) am Ende und bb).

wiegenden Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Schadensschätzung aufgegeben werden. In Bezug auf entgangenen Gewinn ist es zwar in § 252 S. 2 BGB festgeschrieben. Dieser Teil der Vorschrift ist aber obsolet. Er war sehr wahrscheinlich ursprünglich keineswegs als Beweiserleichterung gemeint, wie die heute allgemeine Meinung annimmt, sondern als Beschränkung.<sup>1615</sup> Die Zeit und die Praxis haben dies zu Recht in ihr Gegenteil verkehrt. Dogmatisch begründet wurde dies mit einer Zusammenfassung von § 287 ZPO und § 252 BGB zu einer Einheit. Dadurch wurde jedoch der Maßstab der überwiegenden Wahrscheinlichkeit in § 287 ZPO hineingetragen. Dieser ist ungeeignet für die Schadensschätzung, wie die pragmatischen und insoweit vernünftigen Überlegungen der englischen Gerichte zur Frage des Beweismaßes bei der Schadensermittlung zeigen.<sup>1616</sup> Vielmehr kann eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Schadensschätzung nicht durchgängig verlangt werden, und von den Parteien kann und muss nur soviel Substanziierung verlangt werden wie möglich.<sup>1617</sup>

---

<sup>1615</sup> Teil 2 C. I. 3.

<sup>1616</sup> Teil 4 C. II 1. a) bb).

<sup>1617</sup> Insoweit ebenso Dreier, Kap. 8 V. 2. b). Vernünftig BGH NJW 1987, 909 und BGHZ 97, 163, dazu ausführlich Teil 2 C I. 3. b).

## **B. Schadensersatz**

In diesem Abschnitt werden die mit der Berechnung des Schadens verbundenen Fragen behandelt. Ihm liegt die Prämisse zu Grunde, dass „Schadens-Ersatz“ grundsätzlich nur der Ersatz für konkrete Einbußen ist, und die Erweiterung dieses Schadensbegriffs auf Grund von Wertungen und Billigkeitserwägungen einer besonderen Begründung bedarf, die auch erklärt, warum diese Wertungen gerade in den Schadensbegriff einfließen müssen. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass § 249 BGB (wie im Übrigen auch die zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnungen) vom Ausgleichsprinzip ausgeht.<sup>1618</sup>

Zunächst geht es darum, ob und inwieweit von einem Gewinn des Verletzers auf einen entgangenen Gewinn des Verletzten geschlossen werden darf (I.). Überwiegend wird nicht angenommen, dass der Verletzte bei Unterbleiben der Verletzung die Aufträge des Verletzers selbst erhalten und daraus den gleichen Gewinn erzielt hätte; gelegentlich kommt dem Verletzten jedoch eine widerlegliche Vermutung zugute (I. 1.). Eine deutsche Besonderheit ist, dass der Gewinnherausgabeanspruch zumindest in einigen Entscheidungen mit einer Fiktion zu Gunsten des Verletzten erklärt wird (I. 2.). Das französische und das englische Recht helfen bei fehlender Nachweisbarkeit gelegentlich mittels der Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden, die wegen ihrer Vielschichtigkeit gesondert behandelt wird (II.). Es folgen Ausführungen zu besonderen Schadensarten: zum Marktverwirrungsschaden (III.), zu Nichtvermögensschäden durch Persönlichkeitsverletzungen (IV.) sowie zur Lizenzgebühr, die teilweise als konkreter Schaden in Form eines entgangenen Gewinns aufgefasst wird (V.)

### **I. Schluss von Verletzergewinn auf entgangenen Gewinn des Verletzten?**

In allen untersuchten Rechten haben sich die Gerichte die Frage gestellt, inwieweit von einem Verletzergewinn auf einen dem Verletzten entgangenen Gewinn geschlossen werden darf.

---

<sup>1618</sup> Teil 2 C. I. 1; Teil 3 C. I. 1; das gilt in Verletzungsfällen auch für das englische Recht, Teil 4 C. II. 1; 2. b).

## 1. Beweislast in der Regel beim Verletzten

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
C. II. 1. a) aa)	C. III. b) aa) (1)	C. II. 1. a) cc)

Im französischen Recht wird bei der Verletzung von Patenten, von Mustern und Modellen der Verletzergewinn stets zumindest faktisch berücksichtigt, indem zunächst die „masse contrefaisante“ ermittelt wird. Mitunter wird dann zu Gunsten des Verletzten vermutet, dass er den Verletzergewinn selbst erzielt hätte oder sogar eine entsprechende Zahl eigener Produkte mit seiner eigenen (meist höheren) Gewinnmarge hätte absetzen können. Allerdings war es im Rahmen des Länderberichts nicht möglich, zu ermitteln, welches allgemeine Prinzip insoweit gilt, da gelegentlich von einer Rechtsvermutung zu Gunsten des Verletzten gesprochen wird, diese aber nicht immer angewandt zu werden scheint. Feststehen dürfte jedoch, dass eine etwaige Vermutung stets widerleglich ist, wenn man einmal von den Unwägbarkeiten der „appréciation souveraine“ absieht.

Das deutsche Recht behandelt bei der Ermittlung des „konkreten entgangenen Gewinns“ Verletzergewinn und entgangenen Gewinn des Verletzten als ganz unterschiedliche Größen ohne inneren Zusammenhang. Es wird sehr genau untersucht, inwieweit der Verletzte den Gewinn, den der Verletzer erzielt hat, bei Unterbleiben der Verletzung selbst hätte erzielen können, meist mit negativem Ergebnis. Das hat zusammen mit der früheren Rechtsprechung zur Nichtberücksichtigung eines Deckungsbeitrages (dazu unten III.) dazu geführt, dass der Anspruch quasi bedeutungslos geworden ist.

Im englischen Recht wurde formuliert, dass sich der Schaden in dem Fall, dass der Verletzer mit dem Verletzten in Wettbewerb getreten ist, „normalerweise“ nach dem Gewinn bemesse, den der Patentinhaber gemacht hätte, wenn er selbst die Geschäfte getätigt hätte, die der Verletzer zu sich herübergezogen hat. Aus der jüngeren patentrechtlichen Entscheidung *Catnic Components v. Hill & Smith* wird jedoch deutlich, dass eine regelrechte Beweislastumkehr zu Gunsten des Verletzten zumindest heute voraussetzt, dass der Verletzte nachweist, dass er quasi eine Monopolstellung innehatte.



## 2. Fiktion im deutschen Recht als Verfolgung des Ausgleichsgedankens?

Die deutsche Rechtsprechung begründet die „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ u. a. damit, dass fingiert werde, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung seines Schutzrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte. Diese Fiktion habe den Zweck, dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen.<sup>1619</sup> Dies verwundert insofern, als dann, wenn im konkreten Fall mit der Zusprechung des Verletzergewinns kein Schaden des Verletzten ausgeglichen wird, die Fiktion dem Ausgleichsgedanken gerade nicht Rechnung trägt, sondern ihn verletzt. Wenn die Rechtsprechung mit ihrer Formulierung nicht meint, dass ein Lippenbekenntnis zum Ausgleichsgedanken abgelegt werden müsse, weil der Anspruch nun einmal im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gewährt wird, kann nur noch gemeint sein, dass dem Verletzten wenigstens im Allgemeinen, in der großen Mehrheit der Fälle, der Gewinn entgehe, den der Verletzer erzielt hat. Träfe dies zu, könnte man annehmen, dass die Fiktion gerechtfertigt ist, weil sie dem Ausgleichsgedanken – zumindest abstrakt – Rechnung trägt und die Verfahren im Interesse der großen Mehrheit der Parteien vereinfacht. Man entzöge dem einzelnen Verletzer die Widerlegungsmöglichkeit lediglich zu dem Zweck, die Verletzungsprozesse zu vereinfachen und zu beschleunigen und nähme im Interesse der weit überwiegenden Mehrheit der Verletzten, die schnell zu ihrem Recht kommen sollen, lediglich in Kauf, dass der Verletzte in ganz ungewöhnlichen Einzelfällen mehr erhält als zum Ausgleich des ihm entstandenen Schadens erforderlich ist.

Diese tatsächliche Annahme wird von der deutschen Literatur allerdings überwiegend bestritten. Die englische Rechtsprechung teilt diese Einschätzung ebenfalls nicht. Die französische Rechtsprechung scheint der Position der deutschen etwas näher zu stehen, da sie dem Verletzten zumindest Beweis erleichterungen gewährt. Anders als der BGH hilft sie so jedoch ausschließlich den Inhabern von Patenten und Designs. Das erscheint insofern vernünftig, als es bei Verletzungen anderer Rechte, insbesondere Marken, nicht nur zweifelhaft, sondern häufig geradezu ausgeschlossen erscheint, dass der Verletzergewinn typischerweise dem entgangenen Gewinn des Verletzten entspricht.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die These, dass dem Verletzten normalerweise gerade der Gewinn entgangen ist, den der Verletzer erzielt hat, voraussetzt, dass die

<sup>1619</sup> BGHZ 145, 366, 372 („Gemeinkostenanteil“), dazu oben Teil 2 C. II. 3. a) ee).

Unternehmen von Verletzer und Verletztem gleiche Kostenstrukturen aufweisen, da sich andernfalls ihre Gewinnmargen unterscheiden würden.<sup>1620</sup> Eine derartige Annahme lehnt der BGH bei der Ermittlung des „konkreten entgangenen Gewinns“ gerade ab.<sup>1621</sup>

Nun bezeichnet der BGH die Fiktion nicht als Haftungsgrund, sondern als bloße Berechnungsmethode und macht ihre Anwendung davon abhängig, dass im konkreten Fall Substitutionswettbewerb zwischen den Parteien bestand und dem Verletzten gerade dadurch zumindest irgendein Schaden entstanden ist. Aber auch dies lässt Zweifel an der Rechtfertigung der Fiktion bestehen, denn es lässt weiterhin offen, warum ausgerechnet eine Größe, die nach ständiger Rechtsprechung gerade nicht in einer festen Relation zu dem entgangenen Gewinn steht, zu dessen Berechnung verwendet werden soll, und dies im Wege einer richterrechtlich gegen den Wortlaut der einschlägigen Norm (§ 252 S. 2 BGB) entwickelten Fiktion.

Diese Bedenken illustriert die Tchibo-Rolex-II-Entscheidung. Wie der BGH selbst erklärte, handelte es sich hier im Grunde nicht um einen Fall des Verdrängungswettbewerbs. In Rede stand stattdessen ein Marktverwirrungs- oder Rufschaden: Potenzielle Rolexuhr-Käufer könnten sich von der Marke Rolex ganz abwenden, weil die Marktpräsenz von Billiguhren, die äußerlich einer Rolexuhr gleichen, dem exklusiven Image der Marke abträglich ist. Das bedeutet letztlich auch einen Gewinnentgang des Markeninhabers<sup>1622</sup>, dieser entspricht aber keinesfalls dem Verletzergewinn. Trotzdem – so der BGH – bestehe der Anspruch auf den Verletzergewinn, da fingiert werde, dass der Verletzte ihn erzielt hätte. Dass im Tchibo-Rolex-Fall zumindest auch Substitutionswettbewerb zwischen Edelmarke und Billiguhr bestand, d. h. dass zumindest einige Käufer von ihrer ursprünglichen Absicht, eine Rolexuhr zu erstehen, angesichts des Tchibo-Angebots abrückten und stattdessen eine Tchibouhr erwarben, erscheint äußerst fernliegend. Der BGH hielt es demgegenüber für möglich, dass einzelne Kunden sich so verhalten haben könnten. Selbst wenn das zuträfe, bliebe es unbefriedigend, dass der eigentliche Schaden, der Marktverwirrungsschaden, in diesem Fall so gar nichts mit dem gewährten Ersatz, dem Verletzergewinn, zu tun hat und dessen Gewähr vom Verhalten einiger Sonderlinge abhängen soll. Die Fiktion erscheint so materiell ungerecht, denn ob der konkret durch Substitutionswettbewerb angerichtete Schaden

---

<sup>1620</sup> Zutreffend Dreier, Kap. 8 II. 2. a), S. 276, der ebenfalls für eine begrenzte Vermutung zu Gunsten des Verletzten eintritt.

<sup>1621</sup> Teil 2 C. II. 1. b).

<sup>1622</sup> Zum Marktverwirrungs- und Rufschaden unten V.

gleich Null oder annähernd gleich Null ist, macht für denjenigen, der sich dem Anspruch aus der Fiktion ausgesetzt sieht, im Ergebnis keinen Unterschied.

Daraus folgt, dass die Fiktion allenfalls bei technischen Schutzrechten mit der Gewährleistung des Ausgleichsgedankens in einem weiteren Sinne gerechtfertigt werden kann, wenn man nämlich der Meinung ist, dass der Schutzrechtsinhaber im Allgemeinen den Verletzergewinn bei Unterbleiben der Verletzung selbst erzielt hätte. In allen anderen Fällen kann sie dagegen nur auf Erwägungen beruhen, die anderer – und zwar wertender – Natur sind.

### 3. Theorien vom Verlust einer Chance als Schaden

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

<b>Deutschland (Teil 2)</b>	<b>Frankreich (Teil 3)</b>	<b>England (Teil 4)</b>
C. I. 2. b)	C. III. 1. b) aa) (2)	C. I. 2. c)
C. II. 3. e)	C. III. 1. b) bb) (3)	C. II. 1. a) aa)
	C. III. 2.	

In Frankreich und England wird dem Verletzten mitunter auch für den Entgang solcher Aufträge Ersatz zugesprochen, die er wahrscheinlich auch dann nicht erhalten hätte, wenn der Verletzer die Verletzungshandlung nicht begangen hätte. Dies geschieht auf Grund der Erwägung, dass der Verletzer die „Chance“ des Verletzten auf Erteilung der Aufträge zunichte gemacht habe und hierfür Ersatz leisten müsse, sofern die Chance als „reell“ gelten kann. Daran werden keine hohen Anforderungen gestellt; jedoch ist der zugesprochene Ersatz umso geringer, je weniger wahrscheinlich es ist, dass der Verletzte die fraglichen Aufträge erhalten hätte.

Die deutsche Rechtsprechung wiederum gewährt dem Verletzten stets einen Anspruch auf den gesamten Verletzergewinn. Dies bezeichnet sie zwar nicht explizit als Entschädigung für den Verlust einer Chance; dennoch gehört zumindest ein Teilaspekt der von der Rechtsprechung gegebenen Begründung systematisch hierher: In einigen Entscheidungen wird der Anspruch ergänzend damit begründet,

dass anzunehmen sei, dass der Verletzte denselben Gewinn aus seinem Recht hätte ziehen können, wie es der Verletzer getan hat. Das bedeutet letztlich, dass dem Verletzten der Verletzergewinn zugesprochen wird, weil ihm die Chance zustand, diesen Gewinn selbst zu erzielen. In der Literatur ist dieser Erklärungsansatz detaillierter ausgeführt worden.

In England und Frankreich wird auch die Zusprechung eines angemessenen Entgelts gelegentlich mit der Erwägung begründet, dass der Verletzte um die Chance gebracht worden sei, mit dem Verletzer ein Entgelt für die Gestattung der von diesem vorgenommenen Handlung zu vereinbaren.

### **a) Theorie vom Verlust einer Chance kein einheitliches Konzept**

Die Anwendung der Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden wird stets mit der Erwägung begründet, dass Chancen als solche vermögenswerte Rechtsgüter seien und vom Gericht evaluiert werden müssten, sobald sie als reell (im Gegensatz zu: rein theoretisch) angesehen werden könnten. Trotzdem handelt es sich nicht um ein einheitliches Konzept, da die Haftung, wie gezeigt werden wird, tatsächlich nur in den wenigsten Fällen wirklich damit begründet wird, dass die Chance als solche einen Vermögenswert habe.

In *Chaplin v. Hicks* lautete die vom Gericht zu beantwortende Frage ursprünglich: „Hat der Beklagte durch seine Pflichtverletzung (Versagung der Teilnahme an der Endrunde des Schönheitswettbewerbs) der Klägerin einen Vermögensschaden (Verlust eines Preises) zugefügt?“ Berücksichtigt man nur das Verhältnis zwischen der Zahl der Teilnehmerinnen an der Endrunde und der Zahl der ausgeschriebenen Preise, betrug ihre Gewinnchance etwas weniger als 1:4. Es bestand daher keine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass sie einen der Preise gewonnen hätte. In dieser Situation entschied das Gericht, die Frage anders zu stellen: „Hat die Chance der Klägerin zur Teilnahme an der Endrunde des Wettbewerbs als solche einen Vermögenswert?“ Diese Frage bejahte es, obwohl die Chance keinen objektiven Verkehrswert hatte, da sie unveräußerlich war. Das war falsch.

In den Anwaltshaftungsfällen, in denen ungewiss ist, ob ein Mandant den vom Anwalt vereitelten Prozess gewonnen hätte, wird aus der Frage: „Wie wahrscheinlich ist es, dass der Kläger ohne den Anwaltsfehler die fragliche Summe erfolgreich

eingeklagt hätte?“ die Frage: „Hatte die in ihrem Bestand ungewisse Forderung des Klägers einen Vermögenswert, bis der Anwalt die Möglichkeit ihrer Durchsetzung vereitelte?“ Hier ist durchaus vorstellbar, dass die Forderung (mit einem Risikoabschlag) hätte veräußert werden können und somit einen Verkehrswert hatte.

Anders liegt es wiederum in Anwaltshaftungsfällen, die Fehler in Beratungsangelegenheiten betreffen, wie *Allied Maples v. Simmons & Simmons*, wo den beklagten Anwälten vorgeworfen wurde, ihre Mandantschaft nicht auf ein bestimmtes Risiko hingewiesen zu haben, das sich dann realisierte. Ungewiss war, ob es dem Mandanten bei einem pflichtgemäßen Hinweis der Anwälte gelungen wäre, die andere Vertragspartei dazu zu bewegen, den Vertragsentwurf zu ändern und das Risiko selbst zu übernehmen. Hier stellt sich ursprünglich die Frage: „Wie wahrscheinlich ist es, dass der Mandant den Vertragspartner bei Aufnahme von Nachverhandlungen dazu gebracht hätte, das Risiko zu übernehmen?“ Würde man nun stattdessen versuchen, diese Chance als solche zu bewerten, müsste man fragen: „Welcher Vermögenswert kam der Chance zu, dass die Gegenseite sich in Nachverhandlungen zur Übernahme des Risikos hätte bewegen lassen?“ Diese Fragestellung erscheint geradezu skurril. Der Grund dafür ist, dass es sich bei dem ungewissen Schaden hier im Gegensatz zu den bisher betrachteten Fällen nicht um entgangenen Gewinn handelt, sondern um ein *damnum emergens*, eine Beschädigung der vorhandenen Substanz des Vermögens des Mandanten. Die Chance, keinen Vermögensschaden zu erleiden, hat aber selbst keinen Vermögenswert. Sie kann daher – unabhängig vom angewandten Recht – kein selbstständiges vermögenswertes, geschütztes Rechtsgut sein. Die Anwendung der „Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden“ bedeutet hier folglich nichts anderes, als dass eine Beweiserleichterung gewährt wird. Das Gleiche gilt für die Arzthaftungsfälle, auf die die Theorie im französischen Recht angewandt wird.

## **b) Verwirrung in Bezug auf das anzuwendende Beweismaß**

Dass der „Theorie vom Verlust einer Chance“ ganz unterschiedliche Gedanken zu Grunde liegen, zeigt die Entwicklung im englischen, weniger deutlich auch diejenige im französischen Recht. Darüber hinaus wird sichtbar, dass die Vermengung der beiden Konzepte in den neueren englischen Entscheidungen zu einer schädlichen Verwirrung in Bezug auf das anzuwendende Beweismaß geführt hat.

Welche Anforderungen früher an eine Erwerbssaussicht gestellt wurden, damit sie als „reasonable“ angesehen wurde, zeigt eine der alten Eisenbahnunfall-Entscheidungen, *Taff Vale Rail v. Jenkins*. Hier hielt das House of Lords die Möglichkeit für „reasonable“, dass ein 16-jähriges Unfallopfer, das allgemein als intelligent und tüchtig galt und eine Ausbildung absolvierte, ihren Eltern – hätte sie weiter gelebt – später zumindest irgendwelche finanziellen Zuwendungen gemacht hätte. Die Erfüllung des „balance of probability“-Beweismaßes wurde offenbar lediglich deshalb als fraglich angesehen, weil es keinen Präzedenzfall gab, in dem die Realität einer solchen Chance bei einem jungen Unfallopfer, das zur Zeit des Unfalls noch nicht erwerbstätig war, angenommen worden war. Das ist trotz identischer Wortwahl eine ganz andere praktische Vorgehensweise als die in den heutigen Entscheidungen, in denen jegliche „Chance“ berücksichtigt wird, die besser ist als Null. Im französischen Recht findet sich eine sehr ähnliche Entscheidung.<sup>1623</sup>

Im englischen Recht wurde durch *Chaplin v. Hicks* die Schwelle erheblich abgesenkt, indem eine Chance von knapp 25% für ausreichend gehalten wurde. Auch in den französischen Spiel- und Wettbewerbsfällen genügen geringe Wahrscheinlichkeiten. Zumindest kommt es hier auf den Grad der Wahrscheinlichkeit gar nicht entscheidend an, anders ist nicht zu erklären, dass in einem Fall sogar sämtlichen Teilnehmern Ersatz wegen eines Vergabefehlens zugesprochen wurde. Die Gründe dafür sind jedoch normative Erwägungen, die im nachfolgenden Abschnitt analysiert werden.

Diese erhebliche Beweismaßabsenkung aus den Wettbewerbsfällen wurde im englischen Recht auf sämtliche Beweisprobleme übertragen und dann auf die Spitze getrieben, so dass der Verlust der Chance bereits immer dann einen Schadensersatzanspruch auslöst, wenn sie nicht gleich Null ist. Dies führt zur Aushöhlung der – formal – bis heute geltenden Voraussetzung, wonach die Chance reell sein muss, bis hin zu deren völliger Bedeutungslosigkeit. Sie stellt die Beweislastverteilung auf den Kopf<sup>1624</sup>, indem sie zu einer allgemeinen Risikohaftung führt, bei der der Beklagte stets haftet, wenn er nicht nachweist, dass seine Pflichtverletzung nicht kausal war. Die Haftung für die (nicht völlig sichere, aber vom Gericht angenommene) Herbeiführung eines Erfolgs wird ersetzt durch die Haftung für jeg-

<sup>1623</sup> Paris, 10.03.1920: DP 1920.2.137 (3e esp.), Klage der Mutter einer 13-jährigen Tochter (« il y a là, non seulement des espérances vagues et lointaines, mais des promesses immédiates de situation lucrative »).

<sup>1624</sup> So das grundsätzlich richtige und klarsichtige Votum von Salmon LJ in *Sykes v. Midlands Bank*, oben Teil 4 C. I. 2. c).

liche Erhöhung des Risikos. Dies zeigt die Aussage aus einer der englischen Unfall-Entscheidungen:

“‘Injury’ in the Fatal Accidents Act 1846 does not and could not possibly mean loss of a certainty. It must and can only mean loss of a chance.”<sup>1625</sup>

Die Entwicklung im französischen Recht scheint anders zu verlaufen: Trotz ähnlicher Terminologie („chance sérieuse“) scheint es außerhalb der Wettbewerbsfälle nicht zu einer erheblichen Beweismaßabsenkung gekommen zu sein. Stattdessen wirkt sich die Theorie der „perte d’une chance“ hier offenbar nicht selten nachteilig für die Kläger aus, da auch dann ein Abschlag vom vollen Betrag des möglichen Schadens vorgenommen wird, wenn es sehr wahrscheinlich ist, dass der Beklagte für den Schaden verantwortlich ist. So waren die Gerichte in zwei Arzthaftungsfällen aus dem Jahre 1965 der Ansicht, „présomptions suffisamment graves, précises et concordantes“ sprächen dafür, dass die ärztliche Pflichtverletzung den Tod bzw. die Invalidität der Patienten herbeigeführt hatte; mit Recht wunderte sich *Savatier* in seiner lesenswerten Urteilsanmerkung darüber, dass den Klägern bei dieser Sachlage nicht voller Ersatz zugesprochen wurde.<sup>1626</sup>

### c) Allgemeine Risikohaftung gerechtfertigt?

Die Ansicht, „injury“ sei gleichbedeutend mit „loss of a chance“, oder die Vernichtung einer Chance sei ein Übergriff in den Rechtskreis des Geschädigten, der das Gericht verpflichte, den Schaden zu schätzen, ist nicht richtig, wenn die vernichtete Chance keinen Marktwert hat. Die Einführung einer allgemeinen Risikohaftung stellt ein falsches Zurückweichen vor den Beweisschwierigkeiten dar, die es den Richtern in einer Welt, in der die Sachverhalte immer komplexer werden und unumstößliche wissenschaftliche Gewissheiten kaum noch zu erlangen sind, immer schwerer machen, ihre „Zweifel zum Schweigen zu bringen“<sup>1627 1628</sup>.

<sup>1625</sup> Lord Reid in *Davies v. Taylor* [1972] 3 All E. R. 836, 838 HL.

<sup>1626</sup> Cass. civ. Ire, 14.12.1965, und Paris, 10.03.1966, beide JCP 1966.2.14753, mit Anm. *Savatier*. Auch Großerichter, § 7 II. 1. d), S. 107; § 7 II. 2. c), S. 111; § 7 II. 5. b) (2) (e), S. 129 ist auf Grund seiner Untersuchung zu der Ansicht gelangt, dass sich die Theorie vom Verlust einer Chance im französischen Recht häufig anspruchsmindernd auswirkt.

<sup>1627</sup> Vgl. die Formulierung in der „Anastasia“-Entscheidung, Teil 2 C. I. 2. a).

<sup>1628</sup> Ebenso bereits (in Bezug auf die Anwendung des Konzepts auf den Kausalzusammenhang mit dem Primärschaden) *Savatier* JCP 1966.2.14753.

Eine allgemeine Abkehr von der Erfolgshaftung und die Einführung einer Risikoerhöhungshaftung schon im Fall der ernsthaften Möglichkeit, dass ein haftungsbegründender Tatbestand vorliegt, würde zu einer allgemeinen Prozesswut, einer Explosion der Versicherungskosten<sup>1629</sup> und zu einer Lähmung der wirtschaftlichen und sonstigen Aktivitäten in der Gesellschaft führen. Die von *Lord Reid* in *Davies v. Taylor* beklagte scheinbare Willkür der Alles-oder Nichts-Entscheidungen ist nun einmal das Dilemma der Richter. Es ist ihre originäre Aufgabe und Verantwortung, auch unter den angesprochenen, schwieriger werdenden Bedingungen der modernen Welt im Einzelfall zu entscheiden, wer einen Anspruch hat und wer nicht. Sie können sich dem nicht entziehen, indem sie quasi jedem, der einen Anspruch geltend macht, zumindest irgend etwas zusprechen.<sup>1630</sup> Der nächste Schritt auf diesem Weg wäre, einen Angeklagten zu zwei Jahren Freiheitsstrafe zu verurteilen, weil er mit einer Wahrscheinlichkeit von 20% jemanden ermordet hat. Ein Konzept, dessen Anwendung im Strafrecht nicht einmal ernsthaft erwogen werden kann, weil es vom gedanklichen Ansatz her verfehlt ist, kann auch für das Zivilrecht nicht das richtige Mittel sein, nur weil dort für den Beklagten weniger auf dem Spiel steht.

Die Aufgabe der Richter besteht darin, bei der Feststellung des Ob eines Schadens diejenigen Fallgruppen zu bestimmen, in denen Beweiserleichterungen gewährt werden können, und zu entscheiden, welche tatsächlichen Anhaltspunkte ausreichen, um anzunehmen, dass die Haftung dem Grunde nach besteht. Wenn dies der Fall ist, muss dem Verletzten in Bezug auf die Schadenshöhe so viel Substanziierung abverlangt werden wie möglich und in den Fällen, in denen das Gericht den Schaden für erheblich hält, Anhaltspunkte für dessen Höhe aber fehlen, frei geschätzt werden.<sup>1631</sup> Dabei spricht grundsätzlich nichts dagegen, dies „Schadensersatz für den Verlust einer Chance“ zu nennen, wenn man das möchte. Denn um nichts anderes als eine Chance handelt es sich bei entgangenem Gewinn, und die rechnerische Vorgehensweise kann auch bei einer Schätzung ähnlich verlaufen wie bei der Berechnung des Schadensersatzes für den Verlust einer Chance: Wenn der Richter „nach freiem Ermessen“ entscheiden darf und soll, dann muss es ihm auch erlaubt sein, wie in der englischen Entscheidung *Gerber v. Lectra* einen Prozentsatz des möglichen Gewinns aus zwölf Aufträgen zuzusprechen, ohne mit

<sup>1629</sup> Interessanterweise wird die Anwendung der Theorie vom Verlust einer Chance auf das Arzthaftungsrecht im englischen Recht abgelehnt. Offensichtlich gewährleistet das staatliche Gesundheitssystem nicht den Erhalt von bloßen Heilungschancen.

<sup>1630</sup> Ebenso bereits Savatier JCP 1966.2.14753, allerdings beschränkt auf die Anwendung des Konzepts auf den Kausalzusammenhang, der zu dem Primärschaden führt; eine "probabilistische Proportionalhaftung" im Arzthaftungsrecht lehnt auch Fleischer JZ 1999, 766, 775 ab.

<sup>1631</sup> S. o. A. II.



den Parteien im Hinblick auf jeden einzelnen Auftrag darüber zu debattieren, ob es überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Verletzte diesen erhalten hätte oder nicht.<sup>1632</sup> Es erscheint aber vorzugswürdig, dieses Vorgehen „Schätzung“ zu nennen, damit die Gerichte sich ihrer Verantwortung bewusst bleiben und außerdem nicht davon abrücken, vom Kläger so viel Substanziierung zu verlangen wie möglich. Beides gewährleistet die Formel vom „Verlust einer Chance als Schaden“ weniger gut. Sie birgt weder einen Erkenntnisgewinn noch eine Entscheidungshilfe für das Gericht in sich und könnte das Gericht dazu verleiten, statt der schwierigen Würdigung aller Umstände im Einzelfall eine Art Scheinmathematik zu praktizieren und sich in der falschen Annahme zu wiegen, es entscheide nach objektiven und präzisen Kriterien, wo dies einfach nicht möglich ist.

#### **d) Begründung mit normativen Erwägungen**

Die zweite Komponente der „Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden“ im französischen und englischen Recht besteht darin, einer Chance aus rein normativen Erwägungen einen Vermögenswert zuzuweisen, obwohl sie faktisch keinen hat.

##### **aa) Wettbewerbsfälle**

Ein Beispiel hierfür ist *Chaplin v. Hicks*. Richter *Salmons* klarsichtige Einschätzung dieser Entscheidung war, dass daraus nicht die Folgerung zu ziehen sei, dass das Beweismaß bei der Feststellung des Schadens stets abzusenken sei und eine reelle Chance genüge. Er wies auf Folgendes hin:

“[Chaplin v. Hicks] was a case in which the plaintiff contracted for a chance to win a benefit in a competition. The defendant in breach of contract deprived the plaintiff of that chance. This court held that if the chance was capable of valuation (as they concluded it was) the plaintiff was entitled to substantial damages for being deprived of it.”<sup>1633</sup>

---

<sup>1632</sup> Vgl. auch BGH NJW 1995, 1023, 1024 a. E., oben Teil 2 C. II. 3. b). Auch Großerichter § 9 II. 3. a), S. 224ff. ist der Ansicht, dass die Konstellationen, in denen die französische Rechtsprechung auf die Figur des „Schadensersatzes für den Verlust einer Chance“ zurückgreift, durch §§ 252 BGB, 287 ZPO abgedeckt ist.

<sup>1633</sup> Salmond LJ in *Sykes v. Midland Bank Executor* [1970] 2 All E. R. 471, 479f. CA.

Entscheidend ist der Hinweis darauf, dass es sich um einen Fall der Vertragsverletzung handelte und der Beklagte der Klägerin vertraglich genau die Chance zugesagt hatte, die er ihr dann später willkürlich versagte. Diese unausgesprochene Erwägung liegt der Entscheidung zu Grunde. Es handelt sich der Sache nach um eine (im Vertrag nicht vorgesehene) Vertragsstrafe.<sup>1634</sup> Um Pönalen handelt es sich auch in den französischen Pferderennen- und Ausschreibungsfällen.<sup>1635</sup> Auch sie weisen ein vertragliches Element auf, da die Teilnehmer darauf vertrauen dürfen, dass bestimmte Regeln befolgt werden.

Für die Qualifizierung dieser Beträge als Strafen ist entscheidend, dass der zugesprochene Schadensersatz, soweit er die Kosten der Teilnahme an dem jeweiligen Wettbewerb, der Ausschreibung etc. (negatives Interesse) übersteigt, kein Schadens“ersatz“ ist. Vielmehr wird ein in Folge des Regelverstoßes entstehender, realer oder auch nur potenzieller Schaden, der keinem konkreten Individuum zugeordnet werden kann, dem Kläger durch das Gericht zugeordnet, um den Regelverstoß zu sanktionieren und andere potenzielle Regelverletzer abzuschrecken.<sup>1636</sup> Der Schaden besteht darin, dass die Spieler – und alle Marktteilnehmer – resignieren und auf die Teilnahme an Wettbewerben verzichten könnten, wenn sie sich nicht darauf verlassen können, dass dann, wenn ausdrücklich die Beachtung eines bestimmten Regulariums versprochen wird, dieses auch eingehalten wird. Deutlicher wird der Gesichtspunkt noch in den Ausschreibungsfällen: Die Missachtung der Regeln senkt die Chance, dass der Bieter mit dem besten Angebot den Zuschlag bekommt.

Der Kläger erhält in den Wettbewerbsfällen den „Schadensersatz“ als Belohnung dafür, dass er den Regelverstoß nachgewiesen hat; zugleich wird er dafür belohnt, dass er die Unannehmlichkeiten des Prozesses auf sich genommen hat und damit auch im Allgemeininteresse dazu beiträgt, zukünftige potentielle Regelverletzer abzuschrecken. Es ist folglich konsequent, dass der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit der der Kläger den erhofften Gewinn erzielt hätte, für den Anspruch nicht entscheidend ist. Um Schadensersatz im Sinne des Ausgleichsgrundsatzes handelt es sich dann jedoch nicht; sondern um eine Privatstrafe, da der Betrag ausschließlich

---

<sup>1634</sup> Auch BGHZ 29, 393 sowie die „Sperma-Entscheidung“ des BGH (s. Teil 2 C. I. 3. b) und Teil 2 C. I. 2. b)) gehören in diese Kategorie.

<sup>1635</sup> Sehr deutlich wird dies in der in Teil 3 C. I. 2 referierten Entscheidung Trib. de la Seine, 16.12.1953, Gaz. Pal. 1954. 80 (Vereitelung der Teilnahme an einem Literaturwettbewerb durch einen Verlag, nachdem er dem Autor zuvor Unterstützung versprochen hatte).

<sup>1636</sup> Das verkennt Hans Stoll AcP 176 (1976) 146, 189f.

zur Bestrafung des Regelverletzers und aus generalpräventiven Erwägungen heraus zugesprochen wird. Dies wäre mit dem bisher geltenden deutschen Recht nicht vereinbar.<sup>1637</sup>

Diese Analyse bestätigt die Ablehnung der allgemeinen Risikohaftung durch Hineintragung des niedrigen Mindestwahrscheinlichkeitsgrades aus den Wettbewerbsfällen in sonstige Fallgruppen.<sup>1638</sup> Sie bedeutet die Einführung von Pönalen für jeden Pflichtverstoß.<sup>1639</sup> Mit der Zweckmäßigkeit der Einführung von Privatstrafen auf dem Gebiet des „geistigen Eigentums“ im deutschen Recht befasst sich Abschnitt D.

## **bb) Erwerbchance als Inhalt der geschützten Rechtspositionen im gewerblichen Rechtsschutz**

Im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht wird noch aus anderen Gründen vorgeschlagen, Gewinnchancen unabhängig von ihrer Wahrscheinlichkeit normativ einen Wert zuzuweisen.

In der englischen und französischen Literatur wird vorgeschlagen, den Schadensersatz in derjenigen Summe zu sehen, die der Verletzer in einer – fiktiven – Verhandlungssituation mit dem Verletzten hätte aufwenden müssen, um den Anspruchsteller zu bewegen, die Situation, die in der Realität eingetreten ist, zu akzeptieren. Die mit der Zuerkennung eines angemessenen Entgelts verbundenen Fragen sind so vielschichtig, dass ihnen ein eigener Abschnitt gewidmet ist (unten V.)

Ein anderer Ansatz ist, dem Verletzten den Verletzergewinn mit der Begründung zuzusprechen, der Verletzer habe dessen Gewinnchance usurpiert, darum müsse er den Gewinn unabhängig davon abgeben, ob der Verletzte den Gewinn allein auch

---

<sup>1637</sup> Ebenso Großerichter § 9 II. 3. a), S. 229, der die Wettbewerbsfälle (im französischen Recht) allerdings für eine vernachlässigbare Fallgruppe hält (S. 224ff.). Er erkennt zwar ihre Besonderheit, die darin besteht, dass das Beweismaß hier besonders niedrig ist, glaubt aber, dies beruhe auf Zufall, nicht auf einer besonderen Intention der Rechtsprechung.

<sup>1638</sup> S. o. c).

<sup>1639</sup> Vgl. dazu auch Carval n° 125, die die niedrigen Anforderungen an die Größe der Chance des Verletzten auf einen Gewinn bei der Schadensbemessung im französischen Wettbewerbsrecht als Beleg dafür wertet, dass es sich in Wahrheit um Privatstrafen handele.

hätte erzielen können. In diesem Fall wird auf den Betrag der „Chance“ folglich, anders als in der englischen und französischen Praxis, kein Abschlag vom Verletzergewinn vorgenommen, um der Ungewissheit darüber Rechnung zu tragen, dass der Verletzte den Gewinn bei Unterbleiben der Verletzungshandlung selbst hätte realisieren können.

Dieser Gedanke klingt bereits in der *Ariston*-Entscheidung des Reichsgerichts an, in der der Gewinnherausgabeanspruch damit begründet wurde, dass der Rechtsinhaber sich auf den Standpunkt stellen dürfe, dass die Schadensersatzpflicht nicht durch das Tätigwerden des Verletzers überhaupt ausgelöst werde, sondern dadurch, dass er nicht für Rechnung des Verletzten tätig geworden sei. Diese Erwägung überrascht zunächst, da jemand, der ein „geistiges Eigentumsrecht“ nutzen will, der Verpflichtung unterliegt, dies zu unterlassen, vielleicht auch stattdessen der Verpflichtung, die – entgeltliche – Erlaubnis des Berechtigten einzuholen<sup>1640</sup>, aber nicht der Verpflichtung, altruistisch für den Berechtigten tätig zu werden, indem er das unternehmerische Risiko übernimmt, den Gewinn jedoch an den Berechtigten abführt, während er selbst sich für seine (je nach Fall mehr oder weniger große) Mühe mit einem Honorar begnügt.

Der Gedanke hält sich jedoch auch in der modernen Dogmatik – mit etwas mehr theoretischer Unterfütterung. So will *Körner* den Deliktsschutz am bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt des Rechts ausrichten und bezieht den Gewinn unabhängig davon, wer ihn erzielt hat, zumindest bei einigen Rechten in den Zuweisungsgehalt mit ein.<sup>1641</sup> Das Konzept erscheint jedoch aus mehreren Gründen nicht schlüssig:

Es erklärt nicht, wieso dem Schutzrechtsinhaber Erwerbchancen „zugewiesen“ sein sollen, die er nicht verwirklicht hätte. Zwar leuchtet noch ein, dass es zum Zuweisungsgehalt eines Patents gehören könnte, dass die patentierte Technologie gar nicht oder nur geringfügig genutzt wird, weil der Inhaber auf einer anderen Technologie basierende Produkte vermarkten oder den Preis für die mit der neuen Technologie ausgestatteten Produkte hoch halten will. Für solche Fälle wird das Konzept jedoch nicht benötigt, denn dann erleidet der Patentinhaber durch die Verletzung einen Schaden in Gestalt eines entgangenen Gewinns. Er mag dann diesen liquidieren und diese Kalkulation offen legen.

---

<sup>1640</sup> Dazu unten V.

<sup>1641</sup> S. o. Teil 2 C. II. 3. e) bb).

Damit bleiben nur die Fälle übrig, in denen der Berechtigte die Erwerbchancen nicht verwirklicht hätte, weil ihm dafür das Interesse, die persönlichen Fähigkeiten oder die finanziellen Mittel fehlten. Warum sollten ihm derartige Chancen trotzdem „zugewiesen“ sein? Der Grund kann nur sein, dass es „irgendwie unbillig“, ja „unmoralisch“ erscheint, dass der Verletzer erntet, wo er nicht oder jedenfalls nicht allein gesät hat. So formulierte das Reichsgericht bildhaft, der Verletzer müsse die „Früchte“, die er aus dem geistigen Eigentum des Verletzten gezogen habe, herausgeben. Diese Argumente begegneten jedoch bereits damals dem Einwand, sie gehörten in Wahrheit in das Bereicherungsrecht. Selbst die Befürworter eines schadensersatzrechtlichen Gewinnherausgabeanspruchs machten lediglich geltend, die Bereicherung stelle zugleich einen Schaden dar. Damit erscheint diese Argumentation als historisch bedingte Umgehung des Bereicherungsrechts, das damals nicht direkt angewendet werden konnte, da die Gesetze über die gewerblichen Schutzrechte und das Urheberrecht, die nur den Entschädigungsanspruch vorsahen, als abschließend galten bzw. – soweit das Bereicherungsrecht für anwendbar gehalten wurde – der Anspruch am damals für unerlässlich gehaltenen Erfordernis einer „unmittelbaren Vermögensverschiebung“ scheiterte.

Nicht überzeugend ist auch, dass nach *Körner* nur bei den Rechten, die gegen Nachahmung schützen, eine Gewinnaufteilung stattfinden soll. Auch Patente und Gebrauchsmuster stellen häufig lediglich Verbesserungen von bereits Bekanntem dar oder beziehen sich auf Teile eines komplexen Produktionsprozesses. Die Unbeachtlichkeit dieses Umstands könnte nur mit der Strafwürdigkeit des Vergehens erklärt werden; das hat dann aber nichts mehr mit einem „Zuweisungsgehalt“ des bestimmten Rechts zu tun und müsste für alle Rechte und Rechtspositionen gelten.

### **cc) Besondere Verletzlichkeit und Schutzwürdigkeit der Immaterialgüterrechte**

Demnach kann ein normativer Schadensbegriff, der den Verletzergewinn umfasst, nur noch allgemein mit der leichten Verletzbarkeit der Immaterialgüterrechte und den erheblichen Beweisschwierigkeiten des Verletzers begründet werden. Diese Gesichtspunkte erklären jedoch nicht, warum dem gerade durch die Fiktion, dass der Verletzte den Verletzergewinn ebenfalls erzielt hätte, begegnet werden muss.

#### 4. **Fazit und Stellungnahme zu den Implikationen von TRIPS und der RL 2004/48/EG für das deutsche Recht**

Bei Rechten, die dem Inhaber eine Monopolstellung in dem Sinne verschaffen, dass das Produkt bzw. das unter Benutzung des Rechts hergestellte Produkt nicht oder kaum durch andere zu ersetzen ist, ist es angebracht, dem Verletzten Beweiserleichterungen dafür zu gewähren, dass er einen vom Verletzer erzielten Gewinn bei Unterbleiben der Verletzung selbst erzielt hätte. Entsprechende Fiktionen lassen sich dagegen weder durch tatsächliche Annahmen noch durch – schadensrechtliche – normative Überlegungen begründen.

Art. 45 Abs. 2 TRIPS ist zu vage gehalten, als dass er den Unterzeichnerstaaten verbindlich vorgeben würde, einen Anspruch auf den Verletzererwerb vorzusehen; erst recht ergibt sich daraus nicht, dass es sich dabei ggf. um einen Schadensersatzanspruch handeln würde.

Nach Art. 13 Abs. 2 a) RL 2004/48/EG ist bei der Feststellung des Schadens u. a. der Verletzererwerb zu „berücksichtigen“. Es fragt sich, ob danach der Verletzererwerb zwingend als Schaden des Verletzten anzusehen sein soll. Dafür spricht, dass der Verletzererwerb zusammen mit dem entgangenen Gewinn aufgeführt wird, der zweifellos und ohne Abzug ein Element des konkreten Schadens ist. Der Entwurf der Kommission trennte dagegen in Art. 17 RL-Vorschlag noch sauber zwischen tatsächlichem Schaden und Verletzererwerb und stellte es den Mitgliedstaaten frei, vorzusehen, dass dem Rechtsinhaber zusätzlich zum kompensatorischen Schadensersatz auch darüber hinausgehende Verletzererwerbe zugesprochen werden könnten. An die Stelle dieser Vorschrift trat im endgültigen Text der Richtlinie Art. 13 Abs. 2, wonach die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass ein gutgläubig handelnder Verletzer den Verletzererwerb herausgeben muss. Damit entsteht bei der Auslegung der Richtlinie die gleiche Unklarheit, die im französischen Urheberrecht seit langer Zeit für Diskussionen darüber gesorgt hat, ob es gerechtfertigt ist, auch die Herausgabe eines Verletzererwerbs anzuordnen, der über den tatsächlichen Schaden hinausgeht.<sup>1642</sup> Es scheint, dass Art. 13 RL 2004/48/EG – wie den französischen urheberrechtlichen Vorschriften Art. L. 335–6 und L. 335–7 CPI – die Annahme zu Grunde liegt, dass der Verletzererwerb stets das Mindestmaß des Schadens darstelle; dies würde auch er-

---

<sup>1642</sup> S. Teil 3 D.

klären, wieso Art. 13 Abs. 2 nur von dem gutgläubig handelnden Verletzer spricht. Diese Annahme trifft aber nicht zu. Daher sollte die Zusprechung von Verletzer-gewinnen, die über den Schaden hinausgehen, verweigert werden, da damit nicht der „tatsächliche Schaden“ (vgl. Art. 13 Abs. 1 RL 2004/48/EG) ausgeglichen würde. Auch der Kassationshof legt Art. L. 335–6 und L. 335–7 CPI so aus.

## II. Behandlung zusammengesetzter Produkte und Auswirkungen auf den Absatz sonstiger Leistungen

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
./.	C. III. 1. a)	C. II. 1. b)

Die englische Rechtsprechung unterscheidet zwischen

- der Frage, wie ein zusammengesetztes Produkt, von dem nur ein Teil dem verletzten Recht unterliegt, zu behandeln ist,
- und der Frage, wann neben einem verletzenden Produkt sonstige Leistungen zu berücksichtigen sind.

Betrifft die Verletzung einen Bestandteil eines Produkts, wird eine Patentverletzung immer, unabhängig von ihrer relativen Bedeutung für das patentverletzende Produkt, als kausal für entgangenen Gewinn des Verletzten angesehen, soweit das patentverletzende Produkt das patentgeschützte verdrängt hat. Der Einwand, die Patentverletzung sei nicht kausal für den Absatzerfolg des Verletzers oder sie habe nur in ganz geringem Umfang dazu beigetragen, wird wegen der „inhärenten Rechtswidrigkeit“ des Verkaufs des patentverletzenden Produkts nicht zugelassen: Wenn das Patent wirksam und verletzt sei, könne es nicht unerheblich für den Absatzerfolg sein. Auch bei der Verletzung eines „registered designs“ scheint ohne weiteres von der Kausalität ausgegangen zu werden. Bei „trademark infringement“ und „passing off“ dagegen kann der Verletzte nur für solche Verkäufe des Beklagten Ersatz verlangen, die der Beklagte gerade „auf Grund der Irreführung“ der Kunden des Verletzten erzielt hat. Der Grund für diese Differenzierung ist nicht klar. Es scheint, als werde nach der Art des verletzten Rechts differenziert; manche Dicta sprechen jedoch auch dafür, dass in den patentrechtlichen Entscheidungen

dem Argument, das verletzte Recht habe für den Absatzerfolg keine erhebliche Rolle gespielt, einfach kein Glauben geschenkt wird.

Das französische Recht fragt bei zusammengesetzten Produkten zunächst danach, ob der dem Recht unterliegende Bestandteil der Gesamtleistung ein funktionell notwendiger Bestandteil ist. Wenn das der Fall ist, wird kein Abzug vom Gesamtgewinn gemacht, auch wenn andere Bestandteile ebenso wichtig oder unerlässlich waren. Dieser Grundsatz wurde in der Entscheidung „Auer“ unter Zurückweisung der Erwägungen des erstinstanzlichen Gerichts etabliert, das nur den patentierten Teil berücksichtigen wollte, weil dem Berechtigten nur insoweit ein Monopol zustehe. Ist der dem Recht unterliegende Bestandteil nicht funktionell notwendig, so wird trotzdem die Gesamtleistung berücksichtigt, wenn die Gesamtleistung vom Kunden gerade wegen des dem Recht unterliegenden Bestandteils erworben wird („tout commercial“). Ist er zumindest mit ausschlaggebend für die Kaufentscheidung, was besonders bei Designs oft angenommen wird, so wird er als anteilig kausal für den hypothetischen Gewinn angesehen und ein entsprechender Anteil ausgeworfen.

Nach diesen Grundsätzen, mithin auf Grund von Kausalitätserwägungen, die sich auf die Kaufentscheidung beziehen, entscheidet das französische Recht auch die Frage, ob und wie eventuelle Gewinne mit Nebenleistungen zu berücksichtigen sind. Dagegen ist die englische Rechtsprechung in dieser Frage noch schwankend. Diese Schwankungen beruhen nicht nur auf der Verschiedenartigkeit der Sachverhalte, sondern auch auf rechtlichen Überlegungen. In manchen Entscheidungen, denen Sachverhalte zu Grunde lagen, in denen eine Erfindung ein kleines Objekt betraf, das jedoch Bedeutung für den Absatzerfolg großer und teurer Produkte hatte (Ventil/Motor), wurden sonstige Produkte berücksichtigt. In anderen Entscheidungen wurde die Ersatzfähigkeit solcher Schäden abgelehnt, weil sie grundsätzlich nicht vorhersehbar seien. Dieses Argument überzeugt nicht. In der patentrechtlichen *Catnic Components*-Entscheidung blieben sonstige Leistungen mit der Begründung unberücksichtigt, der Schutzzweck des Patentgesetzes sei begrenzt; die Berücksichtigung solcher Gewinne würde den Umfang des durch das Schutzrecht gewährten Monopols zu sehr ausweiten. Entgegengesetzt entschied *Jacob J* in der ebenfalls patentrechtlichen Entscheidung *Gerber v. Lectra*. Er wandte sich gegen das Argument, die Berücksichtigung weiterer Produkte würde den Bereich des Monopols ungebührlich erweitern: Gründe der „public policy“ sprächen im Gegenteil gerade für die Berücksichtigung der sonstigen Produkte, da sonst die aus der Patentverletzung insgesamt zu ziehenden Gewinne das Schadensersatzrisiko



übersteigen könnten und ein ökonomischer Anreiz für Patentverletzungen geschaffen würde.<sup>1643</sup> Die letztere Ansicht ist auch in US-amerikanischen Entscheidungen der letzten Jahre vertreten worden.<sup>1644</sup>

Die Entscheidung der Frage hängt davon ab, ob man die Vorteile, die der Patentinhaber aus der durch das Patent gewonnenen Marktstellung in Bezug auf andere Produkte erzielt, lediglich als Reflex des Patentrechts, aber nicht als seinen eigentlichen Zweck ansieht. Dies sollte differenzierend und unter Berücksichtigung des Einzelfalls entschieden werden.<sup>1645</sup> Dass ein ausschließlich nach Kausalität und Zurechnung fragender Ansatz nicht durchzuhalten ist, erfuhr Richter *Jacob* selbst einige Zeit nach *Gerber*, als ein Kläger sich auf den von ihm dort gewählten Ansatz in einer „copyright“-Entscheidung berief. Er verlangte wegen der Verletzung des „copyright“ an einem Verkaufsprospekt den gesamten Gewinn, der dem Inhaber durch den – als solches rechtmäßigen – Verkauf der beworbenen Produkte entgangen war. Da an der Kausalität und Vorhersehbarkeit der „copyright“-Verletzung für den entgangenen Gewinn kaum zu zweifeln war, musste *Jacob J* die Begrenzung der Ersatzpflicht hier nun doch mit dem begrenzten Schutzzweck der verletzten Norm rechtfertigen.

Die französische Rechtsprechung hätte dieses Ergebnis wohl besser und widerspruchsfreier begründen können, da sie die Kausalitätsfrage etwas anders akzentuiert. Sie fragt nicht nur danach, ob die Rechtsverletzung *condicio sine qua non* für das Geschäft mit den weiteren Leistungen oder ob der entgangene Gewinn in Bezug auf die weiteren Leistungen vorhersehbar war, sondern vor allem danach, ob der Kunde seine Kaufentscheidung gerade wegen der Benutzung des Rechts durch den Verletzer getroffen hat. Hier könnte man den Prospektfall ausscheiden, da der Kunde durch den Prospekt auf das Produkt aufmerksam geworden sein mag, den Kauf aber wohl kaum auf Grund der Prospektgestaltung getätigt hat, sondern wegen der sachlichen Informationen darin.

Deutsche Präzedenzentscheidungen zu der Berechnung konkreten entgangenen Gewinns fehlen. Die Rechtsprechung hat dem Problem bisher ausweichen können, da konkreter entgangener Gewinn nur sehr selten verlangt und zugesprochen wird und bei der Festsetzung einer Lizenzgebühr auch bei der Wahl eines größeren Pro-

---

<sup>1643</sup> *Jacob J* in *Gerber Garment Technology Inc. v. Lectra Systems Inc. and another* [1995] R. P. C. 383, 400.

<sup>1644</sup> Vgl. *Rite-Hite v. Kelley* [1996] F. S. R. 469 = 56 F.3d 1538 (Fed. Cir. 1995), wo die Befürworter einer einschränkenden Berücksichtigung des Schutzzwecks überstimmt wurden.

<sup>1645</sup> Für eine differenzierende Lösung auch *Karnell* [1997] I. P. Q. 93, 109ff.

duktkomplexes als Bezugsgröße immer eine differenzierende Lösung gefunden werden kann, indem der Lizenzsatz herabgesetzt wird. In einer Entscheidung zur Herausgabe des Verletzergewinns hat der BGH die Berücksichtigungsfähigkeit positiver Effekte für die Vermarktung anderer Produkte als der patentierten bejaht.<sup>1646</sup> Auch die Berücksichtigung des Marktverwirrungsschadens in Gestalt des „Verlusts der Marktstellung“ bei der Verletzung von Schutzrechten<sup>1647</sup> deutet darauf hin, dass spezielle Schutzzweckerwägungen, die die Ersatzfähigkeit derartiger Positionen begrenzen könnten, bisher nicht angestellt werden.

Diese Arbeit verfolgt das Ziel, dem Anspruch auf Ersatz des konkreten Schadens größere Bedeutung zu verschaffen. Dies legt auch die Formulierung von Art. 13 der RL 2004/48/EG nahe und liegt im legitimen Interesse des Verletzten. Um jedoch negative Auswirkungen auf Wettbewerb und Innovation, deren Förderung die Gewähr der Schutzrechte gerade bezweckt, zu vermeiden, muss dies begleitet sein von einer differenzierenden Betrachtung des Problems der zusammengesetzten Produkte und der Auswirkungen auf den Absatz sonstiger Leistungen. Diese muss schutzrechtsspezifisch sein und sollte auch die Besonderheiten der unterschiedlichen Schutzgüter berücksichtigen.<sup>1648</sup> Die Begründungserwägung 17 der RL 2004/48/EG bekennt sich zu der Notwendigkeit einer schutzrechts- und einzelfallspezifischen Anwendung ihrer Regelungen.

### III. Bei der Ermittlung des entgangenen Gewinns abziehbare Kosten

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

<b>Deutschland (Teil 2)</b>	<b>Frankreich (Teil 3)</b>	<b>England (Teil 4)</b>
C. II. 1. b) (auch zu den betriebswirtschaftlichen Grundlagen)	C. III. 1. b) aa) (5)	C. II. 1. c)

<sup>1646</sup> S. Teil 2 C. II. 3. c) cc) (1) am Ende.

<sup>1647</sup> Dazu unten IV.

<sup>1648</sup> Dieses sehr schwierige Problem kann im Rahmen dieser Arbeit nicht gelöst werden. Differenzierende Überlegungen (hauptsächlich *de lege ferenda*) zum verwandten Problem des Schutzzumfangs von Rechten stellt z. B. Dreier in Schricker/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 51ff., an.

Bei der Ermittlung der vom hypothetischen Gewinn abzuziehenden Kosten wirkt sich die angewandte betriebswirtschaftliche Kostenrechnungsmethode erheblich auf das Ergebnis aus. Besonders wichtig ist die Entscheidung darüber, ob den hypothetisch zusätzlich abgesetzten Produkten anteilige Gemeinkosten zugerechnet werden müssen. Die Deckungsbeitragsrechnung scheint heute überwiegend akzeptiert zu werden. Allerdings kann es für den Verletzten gefährlich sein, lediglich Durchschnittswerte für die Produktart vorzutragen. Die Anforderungen an den Vortrag des Verletzten sind sehr unterschiedlich, wie die Gegenüberstellung einer deutschen und einer französischen Patententscheidung aus dem Pharmabereich zeigt: Während das Pariser Appellationsgericht in der Entscheidung „Pfizer ./ Sanofi“ den pauschalen Vortrag der Verletzten, erfolgreiche Produkte müssten in der Pharmaindustrie das Geld für die allgemein hohen Forschungs- und sonstigen Gemeinkosten verdienen, ausreichen ließ, um ihr eine Marge von 40% zuzusprechen, lehnte der BGH dasselbe Argument in der „Tolbutamid“-Entscheidung als unsubstanziert ab und verlangte von der Klägerin produktbezogenen Vortrag. Auch das Pariser Appellationsgericht forderte in einer anderen Entscheidung präziseren Vortrag und die Berücksichtigung sämtlicher Kosten.

Aus Sicht der Kläger, die eine detaillierte Darlegung ihrer Kalkulation für die einzelnen Produkte im Prozess regelmäßig vermeiden wollen, ist die relative Deckungsbeitragsrechnung die günstigste Methode. Danach kommt es nur auf die Frage an, ob für die Produktion der zusätzlichen Menge zusätzliche Kosten angefallen wären. Entscheidungen aus allen drei Ländern zeigen, dass die Rechtsprechung diesem Argument aufgeschlossen gegenübersteht. Diese Methode erscheint auch richtig. Zwar trifft sie den Verletzer hart, da der zusätzlichen Menge in der Regel keine Fixkosten zugerechnet werden, obwohl diese zu der zusätzlichen Produktion tatsächlich beitragen würden und für sie notwendig wären. Wenn der Verletzte aber die Kosten tatsächlich bereits aufgewandt hat und ausreichend Kapazitäten gehabt hätte, stellt der ausgebliebene Deckungsbeitrag einen Schaden dar. Allerdings erscheint auch die Skepsis berechtigt, mit der Richter *Jacob* in der Entscheidung *Gerber v. Lectra* der Behauptung begegnete, die Fixkosten des Verletzten hätten sich bei der Produktion der zusätzlichen Menge überhaupt nicht verändert. Seine pragmatische Vorgehensweise, dies „irgendwie“ bei der Bestimmung des zuzusprechenden Betrages zu berücksichtigen, erscheint als die bestmögliche. Demgegenüber erscheint es weder sinnvoll noch fair, wie im deutschen Recht dem Verletzer insoweit die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen.

## IV. Rufschädigung, Marktverwirrungsschaden

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
C. II. 1. a) bb) (Catarina V)		A. I. 2. und A. I. 3.
C. II. 2. d)		C. II. 1. a) bb) (zur Abgrenzung)
C. II. 4. c)–e)	C. V.	C. III.–IV.

Einen einheitlichen Begriff des Marktverwirrungs- oder Rufschadens gibt es nicht. Nachfolgend werden die unterschiedlichen Erklärungsansätze und ihre Konsequenzen für die Schadensberechnung analysiert.

### 1. Der Höhe nach ungewisser zukünftiger entgangener Gewinn

Im englischen Recht wird der Rufschaden als Schädigung des „Goodwill“ begriffen. Darunter versteht man

„the benefit and advantage of the good name, reputation, and connection of a business. It is the attractive force which brings in custom“<sup>1649</sup>.

Schadensersatz für die Beeinträchtigung des „Goodwill“ soll folglich geschäftliche Einbußen ausgleichen, die durch den Verlust der Marktstellung und der Anziehungskraft eines bis dahin erfolgreichen Produkts des Verletzten entstehen. Daher handelt es sich bei der Schadensposition um entgangenen Gewinn. Es lassen sich folgende Schäden unterscheiden (Überschneidungen sind möglich):

- Das Recht oder das geschützte Produkt kann dem Verletzten eine starke Marktstellung verschaffen, die ihm den Absatz sonstiger, selbst nicht geschützter Produkte erleichtert und ihm langfristig Vorteile verschafft, weil die Verbraucher Vertrauen zu seinen Produkten entwickeln und z. B. ohne erneute Preis-/Leistungs-Prüfung auch spätere Modelle von ihm kaufen.<sup>1650</sup>

<sup>1649</sup> IRC v. Muller & Co.'s Margarine Ltd. [1900–03] All E. R. Rep. 413, 416.

<sup>1650</sup> S. dazu – und zu den hierbei zu berücksichtigenden Schutzzweckerwägungen wegen der potenziell wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung – bereits Abschnitt II.

- Ein ähnlicher Effekt ist die Nachwirkung des Patentschutzes für eine gewisse Zeit nach Ablauf des Patents. Es wird beklagt, dass Verletzer dies unterlaufen, indem sie sich durch die Verletzung schon vorher im Markt positionieren („springboard damages“).
- Es kann sich nachteilig für den Verletzten auswirken, dass Mängel der Verletzungsform von den Kunden auch dem Original zugeschrieben werden.
- Billigimitate bekannter Marken können deren Prestigewert schmälern. Das Prestige ist für den Verletzten geldwert, weil ein Produkt mit einem exklusiven Image auch Käufer anzieht, die ohne nähere Kenntnisse über Produkte der fraglichen Art darauf vertrauen, dass ein so bekanntes Produkt besondere Qualitätsansprüche erfüllt, und solche, die sich mit dem Produkt schmücken und sozialen Status demonstrieren wollen („snob appeal“).

Der Marktverwirrungsschaden lässt sich damit von dem gewöhnlichen entgangenen Gewinn nicht scharf abgrenzen. Zumindest soweit er durch Substitutionswettbewerb eintritt, besteht seine Besonderheit lediglich darin, dass er noch weniger sicher zu schätzen ist als gewöhnlicher entgangener Gewinn im Allgemeinen. In einer englischen Entscheidung wurde dies besonders prägnant formuliert, indem von einem drohenden Markenverwässerungsschaden gesagt wurde, er sei „incalculable but severe“<sup>1651</sup>. Da aber auch die Schätzung des gewöhnlichen entgangenen Gewinns sehr schwierig ist, kann der Marktverwirrungsschaden von ihm auch nicht etwa dadurch abgegrenzt werden, dass ab einem bestimmten „Unsicherheitsgrad X“ von einem Marktverwirrungsschaden zu sprechen wäre. Die Grenzen sind vielmehr fließend. Daher ist es inkonsequent, wenn die Rechtsprechung einerseits von einem strengen „Verquickungsverbot“ ausgeht, andererseits jedoch den Marktverwirrungsschaden neben der (von ihr als Berechnungsmethoden für den entgangenen Gewinn verstandenen) „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr und dem Verletzergeinn“<sup>1652</sup> zusprechen will. Darüber hinaus ist es widersprüchlich, dass die Rechtsprechung den Marktverwirrungsschaden für ersatzfähig hält, obwohl sie sonst im Rahmen von § 252 S. 2 BGB hohe Anforderungen an die Darlegung der Höhe eines entgangenen Gewinns stellt und dessen überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt (s. o. A. II.).

Wegen der Unmöglichkeit, ihn mit einer präzise berechenbaren finanziellen Einbuße des Verletzten zu begründen, wird der Schaden durch eine „atteinte au droit“ bzw. den „trouble commercial“ im französischen Recht gelegentlich als Nichtver-

<sup>1651</sup> Taittinger v. Allbev [1993] F. S. R. 641, 678.

<sup>1652</sup> S. Teil 2 C. II. 2. d), 3. d) und insbesondere 4. d).

mögensschaden, „dommage moral“, angesehen. Ein nicht genau berechenbarer Vermögensschaden ist jedoch etwas anderes als ein Nichtvermögensschaden; der Unterschied liegt darin, dass Nichtvermögensschäden durch die Beeinträchtigung rein ideeller Interessen (im Gegensatz zu Vermögensinteressen) entstehen.

In zumindest einem Fall wurde die Zuerkennung eines Betrages wegen der „atteinte au droit“ mit der Theorie der „perte d’une chance“ gerechtfertigt. Das spricht dafür, dass darunter ebenfalls der Höhe nach unsicherer entgangener Gewinn verstanden wird, für den ohne konkrete Bezifferung eine Schadensersatzpauschale gewährt wird. In eine ähnliche Richtung geht das Votum von *Goddard LJ* in der englischen Entscheidung *Draper v. Trist*. Er plädierte dafür, bei einer Markenverletzung „general damages“ zuzusprechen. „General damages“ werden als Ersatz für der Höhe nach nicht exakt bestimmbare Vermögens- wie auch Nichtvermögensschäden gewährt. Der praktische Unterschied zwischen „special damages“ und „general damages“ tritt nur zu Tage, wenn der Kläger keinerlei konkreten Schaden darlegen kann: Sind für einen Tatbestand „general damages“ erhältlich, wird ihm dann trotzdem eine Mindestpauschale zuerkannt. Eine derartige, echte Ablösung des Marktverwirrungsschadens vom konkreten Schaden hat im englischen Recht jedoch nicht stattgefunden. Wie die (allerdings nur erstinstanzliche) Entscheidung *Universal Thermosensors v. Hibben* zeigt, wird präziser Sachvortrag verlangt und dem Kläger kein pauschaler Mindestbetrag zuerkannt, wenn das Gericht nicht davon überzeugt ist, dass er einen konkreten Schaden erlitten hat. Auch der französische Kassationshof scheint dem Konzept der „atteinte au droit“ neuerdings zumindest insoweit reserviert gegenüberzustehen, als damit Pauschalbeträge gerechtfertigt werden.

## 2. Entwertung von Investitionen des Verletzten in Forschung und Werbung

Die französische Rechtsprechung sieht den Schaden in Rufausbeutungsfällen heute vermehrt in der Entwertung der vor der Verletzungshandlung vom Verletzten getätigten Investitionen und Werbeaufwendungen. Sie hält einen direkten Zusammenhang zwischen Verletzervorteil und Schaden des Verletzten für gegeben: Der „wirtschaftliche Parasitismus“ bestehe darin, dass dem Verletzten „Substanz entzogen“ werde.<sup>1653</sup> Der dahinter stehende Gedanke erinnert an die z. T. auch im

---

<sup>1653</sup> Vgl. das Zitat aus der „Ungaro“-Entscheidung, Teil 3 C. V. II.

deutschen Recht vertretene „Frustrationslehre“, wonach „Aufwendungen, die für einen bestimmten Zweck gemacht wurden, einem Schaden gleichstehen, wenn dieser Zweck durch ein ersatzpflichtig machendes Ereignis vereitelt wird“<sup>1654</sup>. Sie wird jedoch im deutschen Recht in dieser „reinen“ Form überwiegend mit der Begründung abgelehnt, dass man die Bewertung des angestrebten Vorteils nicht einseitig dem Geschädigten überlassen könne; ein Vermögensschaden im Sinne der Differenztheorie liege bei der Frustrierung von Aufwendungen nur vor, wenn die Aufwendungen sich ohne das ersatzpflichtig machende Ereignis rentiert hätten.<sup>1655</sup> Die Aufwendungen werden dabei lediglich als Maß des eigentlich in entgangenem Gewinn bestehenden Schadens angesehen. Diese Auffassung erscheint auch richtig – jedenfalls für das deutsche Recht, wonach immaterielle Schäden grundsätzlich nicht ersatzfähig sind<sup>1656</sup>. Eine – allerdings widerlegliche – Vermutung, dass die getätigten Aufwendungen sich rentiert hätten (Rentabilitätsvermutung) gilt im deutschen Recht nur im Vertragsrecht (§ 284 BGB n. F.). Auch wenn man sie auf das Deliktsrecht oder zumindest die hier interessierenden Fälle übertragen würde, stünde man vor dem Problem, dass der Zweck der vermutlich stets sehr hohen Investitionen des Verletzten durch die Verletzungshandlung allenfalls zum Teil vereitelt wird, so dass letztlich doch frei geschätzt werden müsste.

### 3. Merkantiler Minderwert des verletzten Rechts

In einer französischen Entscheidung wird als Schaden eine Verringerung des Wertes des betroffenen Rechts als Schaden angesehen («*dépréciation d'un actif immobilisé de la société constitué par la dépréciation de certains de son portefeuille de modèles*»<sup>1657</sup>). Im deutschen Recht ist dieser Gedanke in der Literatur ebenfalls geäußert worden,<sup>1658</sup> von der Rechtsprechung jedoch bisher nicht aufgenommen worden.

<sup>1654</sup> So die Erklärung von Larenz, Schuldrecht I, 14. Auflage, § 29 II, S. 503.

<sup>1655</sup> Vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, 19. Auflage 2002, Rn. 825f. Auch Carval, n° 132, merkt an, dass diese schadensrechtliche Einkleidung des Arguments nichts daran ändere, dass derjenige Teil der Aufwendungen, der angeblich frustriert werde, anhand der Bereicherung des Verletzers berechnet werde und nicht anhand des Verwässerungsschadens an der Marke.

<sup>1656</sup> S. o. Teil 2 C. I. 1. b). Schulfall ist der Jagdpachtfall (BGHZ 55, 146): Ein am Körper Verletzter konnte die Kosten, die er für die Pacht einer Jagd aufgewandt hatte, die er verletzungsbedingt nicht ausüben konnte, nicht als Vermögensschaden ersetzt verlangen. Zu Ansätzen in der Literatur, den Begriff des Vermögensschadens durch Übernahme der subjektiven Sicht des Verletzten auszuweiten, s. Dreier, Kap. 8 I. 2. a), S. 235ff.

<sup>1657</sup> Paris, 26.02.1992, D. 1993, som. com. 300.

<sup>1658</sup> Teplitzky, Kap. 34, Rn. 10.

Für Sachen ist anerkannt, dass eine Wertminderung als Schaden zu berücksichtigen ist, auch wenn eine konkrete Verkaufsabsicht, bei der sich die Wertminderung auswirken würde, nicht besteht.<sup>1659</sup> *Teplitzky* ist darin zuzustimmen, dass dieser Gedanke auf „geistige Eigentumsrechte“ grundsätzlich übertragbar ist. Konkrete Hilfe bei der Schadensberechnung dürfte der Ansatz zwar nur bedingt bieten, da die Bewertung von „geistigem Eigentum“ und besonders von Marken ein weitgehend ungelöstes Problem ist und die Frage nach der Wertminderung letztlich wiederum auf die Frage hinauslaufen dürfte, inwieweit die Verletzung die Ertragsaussichten des betreffenden Produkts oder Unternehmens beeinträchtigt. Dennoch erscheint dies als ein denkbarer Ansatz, den die Rechtsprechung verfolgen könnte. Zum einen gibt es ihr Orientierung hinsichtlich der Frage, was für eine Art Schaden sie überhaupt zu ermitteln versucht, d. h. worin der Schaden durch Markenpiraterie eigentlich besteht. Zum anderen würde ihr dies ermöglichen, einen offenen Widerspruch zu dem strengen Beweismaßstab des § 252 S. 2 BGB zu vermeiden, falls sie an diesem festhalten will.

#### 4. Marktentwirkungskosten

Ein Maß für den Marktverwirrungsschaden können die Kosten für Maßnahmen der „Marktentwirkung“ sein, wie insbesondere Gegenwerbungsmaßnahmen nach einer unlauteren, da irreführenden Werbung. Die Marktentwirkungskosten zeigten in Deutschland eine Zeitlang eine Tendenz zur Verselbstständigung; in der Literatur wurde gefordert, den Marktverwirrungsschaden stets anhand der Gegenwerbungsmaßnahmen zu berechnen, die die negative Wirkung der Verletzung aufheben würden – unabhängig davon, ob der Verletzte derartige Maßnahmen tatsächlich ergreift. Vor der damit verbundenen „Abstrahierung“ des Marktverwirrungsschadens ist die Rechtsprechung jedoch zurückgeschreckt. Das ist zu begrüßen, zumal sehr zweifelhaft erscheint, dass diese Ansicht auf zutreffenden tatsächlichen Annahmen beruht. In vielen Fällen dürfte eine Gegenwerbung, selbst wenn sie möglich wäre, gar nicht geeignet sein, den Schaden zu mindern oder abzuwehren. Denn eine Werbung ohne Bezug auf die Verletzungshandlung dürfte nicht geeignet sein, gerade die Wirkung der unlauteren Werbung ungeschehen zu machen, aber auch

---

<sup>1659</sup> BGH NJW 1997, 2595.



eine Werbung mit Bezug auf die Verletzungshandlung, wie ihn die Rechtsprechung verlangt, dürfte häufig unzweckmäßig sein. Wenn sich etwa ein Hersteller von Korrekturflüssigkeit dagegen wendet, dass ein neu auf den Markt drängender Konkurrent fälschlich mit Alleinstellungs- und Neuheitsbehauptungen wirbt, dann wird es ihm im Ergebnis wenig helfen, eine Gegenwerbung zu veröffentlichen, die diese Behauptungen richtig stellt, das Publikum aber zugleich noch einmal auf den neuen Wettbewerber aufmerksam macht.

## 5. Fazit

Der „Marktverwirrungsschaden“ besteht in zukünftigem entgangenem Gewinn (1.) und/oder einer Minderung des Wertes des betroffenen Immaterialgüterrechts (3.), selten in Aufwendungen des Verletzten zur Schadensabwehr oder -verringerung (4.). Oben A. II. wurde für eine maßvolle Senkung des Beweismaßes für den Schadensnachweis, einschließlich entgangenem Gewinn, eingetreten. Dies gilt grundsätzlich auch für den „Marktverwirrungsschaden“.

Der Gefahr, dass die Gerichte mehr oder weniger willkürliche und überhöhte Summen festsetzen – eine Gefahr, der die französischen Gerichte mitunter zu erliegen scheinen –, kann nur durch ihr Verantwortungsbewusstsein begegnet werden. Die beste Gewähr dafür ist, dass dem Gericht stets bewusst bleibt und dass es in der Entscheidung auch ausspricht, welche Schadensposition es tatsächlich schätzt, denn damit stellt es sich der – auch internen – Diskussion und Kritik, und es wird die Etablierung unzulässiger Schadenspauschalen verhindert. Darum sollte von „Marktverwirrungsschaden“ möglichst gar nicht mehr gesprochen werden, da dieses Wort nichts erklärt. Stattdessen sollte das Gericht aussprechen, dass es den zukünftigen entgangenem Gewinn infolge des verschlechterten Markenimage auf die Summe X oder den merkantilen Minderwert der Marke auf die Summe Y schätze. Zu vermeiden ist, diese Position in der Form eines Zuschlags zur üblichen Lizenzgebühr festzusetzen, da dies zu einem gewohnheitsmäßigen Edelmärken-Zuschlag führen könnte, ohne dass über dessen Berechtigung im Einzelfall nachgedacht wird. Bei einer konkreten Benennung des Schadens kann der Verletzer versuchen aufzuzeigen, dass der Schaden nicht so hoch ist wie vom Markeninhaber behauptet, weil die Steigerung seiner Bekanntheit durch die Nachahmung ihm im Ergebnis genützt hat (z. B. dadurch, dass bei Kunden, die sich zunächst nur ein Piraterieprodukt leisten konnten oder wollten, der Wunsch nach einem echten

Produkt geweckt wurde). Ein derartiger Vorteilsausgleich wird zwar seit der „Ariston“-Entscheidung von der Rechtsprechung nicht zugelassen<sup>1660</sup>, dafür gibt es aber im Schadensrecht keine Rechtfertigung.<sup>1661</sup>

Moralische Empörung, insbesondere der Gedanke, dass der Nachahmer daran gehindert werden solle, ohne Anspannung seiner eigenen Fähigkeiten von der Tüchtigkeit anderer zu profitieren, sollten bei der Schätzung des Schadens ausgeschaltet werden. Es mag anstößig erscheinen, dass der Nachahmer durch Ausnutzung der Leistung des anderen Geld verdient. Solche moralischen Erwägungen gehören jedoch in das Bereicherungsrecht. Das Konzept eines „ökonomischen Parasitismus“, bei dem der „Parasit“ dem Opfer Substanz entzieht und daher Vorteil des „Parasiten“ und Nachteil des Verletzten sich entsprechen, wie es die französische Entscheidung „Ungaro“ vorstellt, ist schon in Bezug auf die Vorgänge in der Natur übermäßig vereinfacht und daher falsch, und die Übertragbarkeit dieses Konzepts auf ein so komplexes und auf Interaktionen angewiesenes Geschehen wie das Wirtschaftsleben ist erst recht abzulehnen.

Die gleichen Grundsätze sollten für Persönlichkeitsrechtsverletzungen gelten, d. h. auch die Beschädigung des Image einer Person sollte – sofern darin tatbestandsmäßig eine Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt – einen Anspruch auf Ersatz des Imageschadens auslösen können. Damit wird nicht einer Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten Vorschub geleistet, sondern den tatsächlichen Gegebenheiten Rechnung getragen und eine ungerechte Benachteiligung der Betroffenen gegenüber Inhabern gewerblicher Schutzrechte, insbesondere Marken, verhindert. Es ist in sich widersprüchlich, wenn der BGH in der *Caterina Valente*-Entscheidung ausspricht, dass der Imageverlust die Künstlerin in letzter Konsequenz an der Fortsetzung ihrer Karriere hindern kann, und zugleich negiert, dass ihre Karriere als Künstlerin auch die Grundlage ihrer wirtschaftlichen Existenz ist.<sup>1662</sup>

Zu vermeiden ist dabei jedoch, von einer Vermögenseinbuße auf die Tatbestandsmäßigkeit des Eingriffs zu schließen. Nach wie vor ist nicht das Image geschützt –

---

<sup>1660</sup> S. Teil 2 C. II. 2. a) aa).

<sup>1661</sup> Denn eine Bereicherung des Verletzers durch den Gebrauch des Rechts kann trotzdem abzuschöpfen sein, s. nachfolgend C. II.

<sup>1662</sup> Zur *Caterina Valente*-Entscheidung Teil 2 C. II. 1. a) bb). Die Klägerin scheiterte nicht an falschem oder unzureichendem Vortrag, sondern daran, dass der BGH die Natur des Imageschadens nicht verstand. Vgl. auch die oben Teil 4 C. II. 2. c) aa) zitierte Einlassung *Eddie Irvines* betreffend die Gefahr, dass durch zu niedrige Forderungen seinerseits und Werbung für Produkte, die seinem Image nicht dienlich sind, sein „Marktpreis“ sinken könnte.

mag es noch so vermögenswert sein – sondern die Persönlichkeit. Es ist sorgfältig zu prüfen, ob einer Beschädigung des für die Öffentlichkeit aufgebauten Image auch ein rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht zu Grunde liegt, sowie die Presse- und Meinungsfreiheit gebührend zu berücksichtigen.

## V. Lizenzgebühr als Schaden?

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
C. II. 2.	C. III. 1. b) bb)	C. II. 2.
	C. III. 3. und 4.	

In allen untersuchten Ländern wird dem Verletzten mitunter quasi ein Entgelt für den vorgenommenen Eingriff in sein Recht zugesprochen. Entstanden ist dieses Institut jeweils im Schadensersatzrecht, und bis heute wird das Entgelt überall – zumindest auch – im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gewährt. Seine Qualifikation als Schadensersatz ist jedoch umstritten. Nachfolgend wird unter 1. diskutiert, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Lizenzgebühr entgangenen Gewinn darstellen könnte. Unter 2. werden Ansätze diskutiert, die Lizenzgebühr nicht als entgangenen Gewinn, sondern als eine andere Art von Schaden zu begreifen. Unter 3. werden die in den drei Rechten angewandten Verfahren zur Berechnung der Lizenzgebühr untersucht, vor allem auch unter dem Gesichtspunkt, ob sie mit der jeweiligen dogmatischen Begründung der Lizenzgebühr übereinstimmen.

### 1. Lizenzgebühr gleich entgangener Gewinn?

In den ältesten einschlägigen englischen, deutschen und französischen Entscheidungen wurde ein Anspruch auf eine Lizenzgebühr aus dem Ausgleichsprinzip hergeleitet. Die Gerichte prüften jeweils im Rahmen eines Schadensbegriffs, der nur konkrete finanzielle Einbußen umfasste, wie die Schadensersatz-

leistung beschaffen sein müsse, damit der Verletzte finanziell so gestellt werde, als ob sein Recht nicht verletzt worden wäre. Sie ersetzen dabei die übliche Prüfung, wie der Verletzte stünde, wenn der Verletzer die rechtswidrige Handlung nicht begangen hätte, durch die Prüfung, wie der Verletzte stünde, wenn der Verletzer die Handlung mit der – entgeltlichen – Erlaubnis des Rechtsinhabers vorgenommen hätte.

In England wird die Lizenzgebühr in den Fällen, in denen der Verletzte Lizenzen zu vergeben pflegte, auch heute noch als entgangener Gewinn angesehen. Die französische Rechtsprechung scheint gelegentlich Zweifel an der Qualifikation der Lizenzgebühr als entgangenem Gewinn zu hegen; so wird die übliche Lizenzgebühr manchmal lediglich als Element bezeichnet, das bei der Schätzung des Schadens im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens berücksichtigt werden dürfe. Vereinzelt vorgeschlagene andere Ansätze haben sich nicht durchgesetzt.<sup>1663</sup>

In Deutschland dagegen verlor die Ansicht, wonach die Lizenzgebühr als entgangener Gewinn zu betrachten sei, in der Rechtsprechungspraxis allmählich an Bedeutung. Stattdessen schob sich die zunächst nur ergänzend angeführte Billigkeitserwägung in den Vordergrund, dass jemand, der ein fremdes Recht verletze, nicht besser stehen dürfe als jemand, der das Recht respektiere und eine entgeltliche Lizenz erwerbe. Die Rechtsprechung griff darauf zurück, um die Lizenzgebühr auch in Fällen zusprechen zu können, in denen es aus verschiedenen Gründen unwahrscheinlich oder sogar unmöglich erschien, dass die Parteien bei korrektem Verhalten des Verletzers einen Lizenzvertrag abgeschlossen hätten. In anderen Entscheidungen heißt es dagegen, Grund für die Zulassung der Lizenzanalogie sei zumindest auch, dass die Lizenzgebühr zwar nicht in jedem Fall, aber zumindest typischerweise einen Gewinnentgang des Verletzten darstelle. Zudem wurde in der Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“ die Anwendung der „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ davon abhängig gemacht, dass dem Verletzten zumindest irgendein Schaden – und zwar in Form eines entgangenen Gewinns – entstanden sei.

Demnach stellt sich die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Lizenzgebühr als entgangener Gewinn angesehen werden kann.

---

<sup>1663</sup> S. u. C. II. 1.

*Peter Müller* vertritt die Ansicht, die Lizenzgebühr dürfe niemals als Schaden angesehen werden. Nach der Differenzmethode dürfe nur die rechtswidrige Handlung hinweggedacht, nicht aber etwas hinzugedacht werden. Zur Klärung der Frage, ob dem Inhaber des verletzten Rechts ein Schaden entstanden sei, dürfe deshalb allein darauf abgestellt werden, wie der Verletzer ohne die rechtswidrige Handlung stehen würde, und nicht darauf, wie er stehen würde, wenn der Verletzer rechtmäßig gehandelt hätte.<sup>1664</sup> Damit negiert *Müller* jedoch die Möglichkeit, einen Deliktstatbestand durch eine Unterlassung zu erfüllen. Wenn die Rechtsprechung in Verletzungsfällen erklärt, der Verletzer müsse sich daran „festhalten lassen“, dass er verbotswidrig gehandelt habe, dann erklärt sie damit, dass sie den „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ seines Verhaltens in einer Unterlassung sieht (nämlich der Unterlassung, die Erlaubnis gegen Entgelt einzuholen) und nicht in einem positiven Tun (der Herstellung des patentverletzenden Produkts o. ä.). Die Abgrenzung von Begehen und Unterlassen ist ein durchaus gängiges Problem und tritt u. a. bei den Verkehrssicherungspflichten sowie im Strafrecht auf, wo nach dem wertend zu bestimmenden, jeweiligen sozialen Bedeutungsgehalt des inkriminierten Verhaltens differenziert wird. Es ist die ureigene Aufgabe der Rechtsprechung, Kriterien für diese Differenzierung zwischen Tun und Unterlassen zu entwickeln. Wenn das Reichsgericht in der „Ariston“-Entscheidung erklärte, der Rechtsinhaber dürfe sich auf den Standpunkt stellen, dass der Verletzer mit seiner Erlaubnis hätte handeln sollen, so heißt das, dass jedermann die Garantenpflicht obliegt, sich aktiv die Erlaubnis des Rechtsinhabers zu beschaffen, wenn er ein solches Recht nutzen will. Derselbe Gedanke findet sich in der Aussage von *Fletcher Moulton LJ* in der englischen *Meters*-Entscheidung:

„The reward to a patentee for his invention is that he shall have the exclusive right to use the invention, and if you want to use it your duty is to obtain his permission.“<sup>1665</sup>

Eine Besonderheit liegt lediglich darin, dass dem Verletzten bei der Verletzung von „geistigem Eigentum“ (nicht im allgemeinen Wettbewerbsrecht) im deutschen und wohl auch im englischen Recht gestattet wird, selbst zu bestimmen, ob er den

<sup>1664</sup> Peter Müller, S. 104f.

<sup>1665</sup> *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.* (1911) 28 R. P. C. 157, 165, CA. Ein anderes Beispiel für die Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen ist die wettbewerbsrechtliche Entscheidung BGH GRUR 1966, 92, 94 („Bleistiftabsätze“), in der es um eine Werbung ging, die unlauter war, weil ein aufklärender Zusatz fehlte. Der BGH entschied, der Verletzte sei hier so zu stellen, als ob dieser Zusatz existiert hätte, und nicht so, als ob die Werbung ganz unterblieben wäre.

Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit darin sieht, dass der Verletzer überhaupt gehandelt hat, oder darin, dass er ohne Lizenz gehandelt hat. Dies erscheint jedoch angesichts der ganz unterschiedlichen Arten, auf die gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte wirtschaftlich verwertet werden und über die der Verletzte allein entscheidet, sachgerecht.<sup>1666</sup>

Demnach kann das Versäumnis des Verletzers, einen entgeltlichen Lizenzvertrag mit dem Berechtigten abzuschließen, grundsätzlich dazu führen, dass der Verletzte einen ersatzfähigen Schaden erleidet. Da dem Verletzer gerade vorgeworfen wird, dass er es unterlassen hat, die (entgeltliche) Erlaubnis des Verletzten einzuholen, spielt es keine Rolle, wie der Verletzer sich verhalten hätte, wenn er sich nicht gerade dafür entschieden hätte, das Recht zu verletzen. Wer eine Einbahnstraße in der falschen Richtung befahren hat, kann auch nicht nachträglich geltend machen, dass er einen anderen Weg hätte wählen können. Die Frage nach möglichen Alternativen, die der Verletzer hatte, kann nur bei der Festsetzung der Höhe des Entgelts mittelbar eine Rolle spielen: Ausgangspunkt für das Gericht ist die Frage, welche Lizenzgebühr „vernünftige Parteien“ vereinbart hätten, und die Existenz von Alternativen, die der Verletzer hatte, ist dabei ein zu berücksichtigender Faktor. Jedoch muss – mit dem im jeweiligen Recht für die Erreichung des anwendbaren Beweismaßes notwendigen Grad an Wahrscheinlichkeit – anzunehmen sein, dass der Rechtsinhaber bereit gewesen wäre, einen Lizenzvertrag mit dem Verletzer abzuschließen, wenn dieser sich darum bemüht hätte. Andernfalls kann nicht der „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ des Verhaltens des Verletzers darin erblickt werden, dass er sich nicht um den Abschluss einer derartigen Vereinbarung bemüht hat. Vielmehr kann ihm dann ausschließlich vorgeworfen werden, dass er überhaupt tätig geworden ist.

Darum ist es folgerichtig, dass bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten zusätzlich verlangt wird, dass es „wahrscheinlich“ (§ 252 S. 2 BGB) ist, dass der Verletzte dem Verletzer die Handlung gegen Entgelt gestattet hätte, wenn dieser ihn um Erlaubnis gefragt hätte.

---

<sup>1666</sup> Im Ergebnis ähnlich Dreier, *Kompensation und Prävention*, Kap. 8 II 1. b) bb), S. 269ff., er setzt jedoch die Figur des *venire contra factum proprium* ein.

## 2. Lizenzgebühr als „objektiver“ Schaden?

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
C. II. 2. a) dd)	C. III. 1. b) bb) (1)	C. I. 1. c)
C. II. 2. b) cc) und dd)		C. II. 2. b) und e)
C. II. 2. e)		C. II. 2. c) aa)

Die Lizenzgebühr wird dem Verletzten in allen untersuchten Rechten jedoch vielfach auch dann zugesprochen, wenn es nicht wahrscheinlich ist, dass er gerade dem Verletzer eine Lizenz gewährt hätte. Die deutsche und die englische Rechtsprechung gehen so weit, dem Verletzten eine Lizenzgebühr auch dann zuzusprechen, wenn er dem Verletzer gar keine – rechtmäßige – Lizenz hätte einräumen können.

In England wurde die Zusprechung der Lizenzgebühr in Fällen, in denen der Berechtigte keine Lizenzen vergab, zunächst mit der Begründung abgelehnt, dies stelle eine Abweichung vom Ausgleichsprinzip dar. Später setzte man sich über diese Bedenken hinweg. *Lord Fletcher Moulton* begründete dies in der *Meters*-Entscheidung mit dem absoluten Monopol, das das Patent dem Inhaber gewähre und das eine Sanktionierung jeder Verletzung verlange, ganz gleich, ob der Patentinhaber dadurch einen konkret messbaren Schaden erleide oder nicht. *Lord Shaw* nahm in der *Watson, Laidlaw*-Entscheidung dieses Argument auf und konzidierte ausdrücklich, dass es sich bei der Gewährung einer „notional royalty“ nicht um eine Anwendung des „restoration principle“ handle. Er begründete die „notional royalty“ mit dem „principle of price or for hire“. Dabei handelt es sich um die Adaptation eines Gedankens aus dem Recht der „conversion damages“, wonach der Eigentümer einer Sache von jemandem, der sich deren Gebrauch angemäht hat, stets zumindest den „fair value“ des Gebrauchs verlangen kann. Allerdings fragt sich, wie dies mit der *General Tire*-Entscheidung zu vereinbaren sein soll. Hier erklärte *Lord Wilberforce* zwar, sowohl die Fälle, in denen der Berechtigte Lizenzen zu vergeben pflegte, als auch die Fälle, in denen er dies nicht zu tun pflegte, könnten unter folgende (von *Lord Moulton* in der *Meters*-Entscheidung geprägte) Formel gefasst werden:

“I am inclined to think that it would be right for the Court to consider what would have been the price which – although no price was actually quoted – could have

reasonably been charged for that permission, and estimate the damage in that way.<sup>1667</sup>

Dies – so *Lord Wilberforce* weiter – habe jedoch nicht durch Festsetzung eines objektiv angemessenen Entgelts zu geschehen, da dies eine Abweichung von dem Verständnis der Lizenzgebühr als Schaden bedeuten würde („departing from the conception of loss“<sup>1668</sup>). Vielmehr sei zu ermitteln, was die konkreten Parteien mit ihren individuellen Stärken und Schwächen in dem Markt, so wie er sich zur Zeit des angenommenen Vertragsschlusses dargestellt habe, vereinbart hätten.

Probleme hat den Gerichten immer wieder die Frage bereitet, wie der Anwendungsbereich der „notional royalty“ zu bestimmen sei. Die englischen Gerichte zögern bisher, sie bei Markenrechtsverletzungen und „passing off“ zuzusprechen, weil – so Richter *Knox* in *Dormeuil v. Feraglow* ausdrücklich – die einschlägige Rechtsprechung zum Patentrecht von einem starken „element of property“ geprägt sei und die im Markenrecht und bei „passing off“ tangierten Rechtspositionen des Verletzten als weniger stark angesehen werden. Dass dies jedoch nicht das richtige Differenzierungskriterium ist, zeigt sich daran, dass der Court of Appeal in der „passing off“-Entscheidung *Irvine v. Talk Radio* dem Verletzten ohne weiteres eine „notional royalty“ zusprach, obwohl die Gerichte sich überzeugt zeigten, dass er keinen Vertrag mit dem Verletzer geschlossen hätte, auch wenn dieser es versucht hätte. Auch der Tatbestand „breach of confidence“, auf den das „fair value“-Prinzip anwendbar ist, schützt nach übereinstimmender Auffassung kein „property right“. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der „notional royalty“ scheint eine ähnliche Entwicklung darzustellen wie diejenige, die das deutsche Recht bereits hinter sich hat. In Deutschland wandte sich bereits das Reichsgericht nach einer Phase, in der das Recht auf die Lizenzgebühr damit begründet wurde, dass die verletzenden Produkte das verletzte Recht „verkörpern“, von diesem Gedanken ab, und nach einer längeren, allmählichen Erweiterung des Konzepts der Lizenzgebühr auf immer mehr Rechte und Rechtspositionen setzt seine Anwendbarkeit heute nur noch voraus, dass

- es sich um ein Rechtsgut handelt, das „irgendwie genutzt wird“<sup>1669</sup> und daher vermögenswert ist,

<sup>1667</sup> *Meters Ltd. v. Metropolitan Gas Meters Ltd.* (1911) 28 R. P. C. 157, 165; ausführlicheres Zitat und Diskussion der Entscheidung oben Teil 3, Abschnitt B. III. 2. a) bb).

<sup>1668</sup> *General Tire and Rubber Co. v. Firestone Tyre and Rubber Co. Ltd.* [1975] 2 All E. R. 173, 184f.

<sup>1669</sup> BGHZ 60, 206, 211 („Miss Petite“); dazu oben Teil 2 C. II. 2. a) dd).



- die Interessenlage der Berechtigten insofern die gleiche ist wie die von Inhabern eines gewerblichen Schutzrechts oder Urheberrechts, als es besonders schwierig für sie ist, sich gegen Eingriffe zu schützen und einen konkreten erlittenen Schaden nachzuweisen,
- und – so die Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“ – dem Verletzten zumindest irgendein Schaden gerade in Form des entgangenen Gewinns entstanden ist, damit die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ den Anspruchsgrund nicht ersetzt, sondern lediglich als Berechnungsmethode eingesetzt wird.

Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten wird zusätzlich verlangt, dass es „wahrscheinlich“ (§ 252 S. 2 BGB) ist, dass der Verletzte dem Verletzer die Handlung gegen Entgelt gestattet hätte, wenn dieser ihn um Erlaubnis gefragt hätte. Dies ist gerechtfertigt, wenn der Verletzte im konkreten Fall überhaupt kein vermögensrechtliches Interesse geltend machen wollte, sondern ausschließlich ein immaterielles. Allerdings kann von der fehlenden Bereitschaft des Verletzten, einen derartigen Vertrag abzuschließen, nicht ohne weiteres darauf geschlossen werden, dass er auch kein vermögensrechtliches Interesse geltend machen wollte.

Eine über die Aufzählung der Voraussetzungen hinausgehende Begründung für die Anwendung des Konzepts fehlt in Deutschland allerdings. Allein die Schutzbedürftigkeit der Rechte anzuführen, erscheint unbefriedigend, da dies nicht erklärt, warum gerade eine Lizenzgebühr gewährt wird.

In England ist die „Theorie vom Verlust einer Chance als Schaden“ als Begründung vorgeschlagen, aber auch als bloße Fiktion abgelehnt worden.<sup>1670</sup> In Frankreich scheint die Frage kaum problematisiert zu werden; man bevorzugt hier die Lösung, die Lizenzgebühr als „Schätzkriterium“ im Bereich der Tatsachenermittlung anzusehen. Die Lizenzgebühr scheint hier auch seltener in Konstellationen angewandt zu werden, in denen eine Gestattung ausgeschlossen gewesen wäre. Immerhin weist *Gautier* auf das Problem hin. Er meint, dass die Schadensersatzlizenzgebühr nach den Grundsätzen der „perte d’une chance“ ermäßigt werden müsste, wenn nicht mit der für das allgemein geltenden Beweismaß erforderlichen Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass die Parteien einen Lizenzvertrag abgeschlossen hätten, sofern der Verletzer darum gebeten hätte.

---

<sup>1670</sup> Sharpe/Waddams (1982) 2 OJLS 290; Giglio (2001) Oxford U Comparative L Forum 6, Chapter 2: 1; näher dazu Teil 4 C. II. 2. e) aa).

Bevor zu dieser Frage Stellung genommen wird, soll zunächst betrachtet werden, wie die Höhe der Lizenzgebühr in der Praxis festgesetzt wird.

### 3. Die Festlegung der Höhe der Lizenzgebühr

In Bezug genommene Teile der Länderberichte

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
C. II. 2. c)	C. III. 1. b) bb) (2)	C. II. 2. c)
D. IV. 2. a) bb)	C. III. 2.	

Die Höhe der Lizenzgebühr bestimmt sich in allen untersuchten Ländern grundsätzlich danach, was „vernünftige Parteien“ als Entgelt vereinbart hätten.

In Deutschland gilt dies allerdings nur, soweit das auf dem Markt erzielbare Entgelt dem objektiven Wert der Nutzung des Rechts entspricht. Denn die Lizenzgebühr wird hier im Schadensersatzrecht ebenso wie im Bereicherungsrecht ermittelt. Dort wird die Bereicherung in der Nutzung des Rechts gesehen und als Ausgleich der – objektive – Wert dieser Nutzung im Wege einer generalisierenden Betrachtung festgesetzt. Dies geschieht in erster Linie anhand des Verkehrswertes des verletzten Ausschließlichkeitsrechts und ggf. nach der Nähe der Nachbildung, mithin objektiven Kriterien. Ziel der Beweisaufnahme ist folglich nicht, herauszufinden, was dem Berechtigten konkret an Entgelt „entgangen“ ist, sondern dies kann allenfalls im Rahmen der Frage nach dem objektiven Verkehrswert eine Rolle spielen. Der Nutzen, den der konkrete Verletzer auf Grund der Gegebenheiten seiner Produktion aus der Benutzung des Rechts gezogen hat, wird zwar grundsätzlich berücksichtigt. Es wird aber nicht ermäßigend berücksichtigt, dass er – vielleicht sogar auf Grund der rechtlichen Schritte des Verletzten – nicht mehr dazu gekommen ist, das Recht in dem Umfang zu benutzen, wie es ein branchenüblicher Lizenzvertrag erlaubt hätte. Der Verletzer kann auch nicht geltend machen, dass ihm auf Grund seiner wirtschaftlichen Schwierigkeiten eine niedrigere Lizenzgebühr hätte bewilligt werden müssen als objektiv angemessen.

Das englische Recht kommt von einem anderen Ausgangspunkt her zu ähnlichen Ergebnissen wie das deutsche Recht. Obwohl zu ermitteln sein soll, was die konkreten Parteien tatsächlich vereinbart hätten, lehnte *Lord Wilberforce* es in der *Ge-*

neral Tire-Entscheidung ab, zu Gunsten des Verletzers anzunehmen, dass eine in anderen vom Verletzten geschlossenen Lizenzverträgen enthaltene Meistbegünstigungsklausel auch dem Verletzer zugute gekommen wäre: Ein regelrechter Lizenzvertrag zwischen den Parteien dürfe nicht fingiert werden bzw. der Verletzer sei so zu stellen, als habe er jeden Tag neu eine Lizenz für die nächste Verletzung erworben. Diese Betrachtungsweise erscheint sehr künstlich und als Durchbrechung des zuvor von *Lord Wilberforce* selbst postulierten Grundsatzes, wonach das Gericht gerade kein objektiv angemessenes Entgelt festzusetzen habe, sondern es darauf ankomme, was die konkreten Parteien vereinbart hätten.

Ein weiteres Argument, das im englischen Rechtskreis auch von der Einführung der „notional royalty“ an immer wieder gegen diese vorgebracht worden ist, besteht darin, dass die Testfrage, welchen Betrag „vernünftige Parteien“ als Lizenzgebühr vereinbart hätten, ein von vornherein aussichts- und sinnloses Unterfangen sei, wenn es keinen Marktpreis gibt. Dieses ist dann der Fall, wenn eine Lizenz unzulässig war oder vom Verletzten aus wirtschaftlichen Gründen nicht erteilt worden wäre.<sup>1671</sup> Nachfolgend soll nur der letztere Fall, der häufiger auftritt, untersucht werden: dass es in der Realität nicht zu einem Vertragsschluss gekommen wäre, da der Schaden, den der Verletzte bei Abschluss eines Lizenzvertrages erleidet, größer gewesen wäre als sein höchstmöglicher Gewinn aus dem Lizenzvertrag. Anders gewendet: Der Verletzer hätte den Preis, den der Rechteinhaber mindestens hätte fordern müssen, um einen Gewinn aus dem Lizenzvertrag zu ziehen, nicht aufbringen können. In diesem Fall hat das Gericht nur drei Möglichkeiten:

- den niedrigen Preis anzusetzen, den der Verletzte zu zahlen bereit und in der Lage gewesen wäre;
- den hohen Preis anzusetzen, den der Verletzte (seiner nachträglichen Aussage nach) mindestens verlangt hätte, auch wenn eventuelle Vergleichssummen sich auf Verträge beziehen, die dem Lizenznehmer eine umfassendere Nutzung der fraglichen Rechtsposition ermöglichen als die nur punktuelle Nutzung, die tatsächlich stattgefunden hat;
- einen anderen Wert festzusetzen, den es für objektiv angemessen hält.

Allen drei Möglichkeiten ist eines gemeinsam: Es handelt sich nicht um Preise, die „vernünftige Parteien“ für die geschehene Verletzung vereinbart hätten. Vielmehr

---

<sup>1671</sup> Vgl. die Diskussion der Entscheidungen *Pneumatic Tyre* und *Talbot v. General Television* oben Teil 4 C. II. 2. b) aa) und cc).<sup>3</sup>

wird dabei ein Preis festgesetzt, der entweder für eine Partei oder sogar für beide „vernünftigerweise“ gerade nicht akzeptabel gewesen wäre. Die erste Möglichkeit wird regelmäßig verworfen, da sie es dem Verletzer gestatten würde, die Rechtsposition zu seinen Bedingungen zu nutzen und dadurch auch zu entwerten. Die englische Rechtsprechung geht in der Praxis nach Möglichkeit 2 oder 3 vor<sup>1672</sup> und nimmt einen Abschlag von der – im Nachhinein aufgestellten – Mindestforderung des Verletzten vor, wenn ihr dies angemessen erscheint.

Die deutsche Rechtsprechung, die anerkanntermaßen versucht, eine objektiv angemessene Lizenzgebühr zu ermitteln, verfolgt dabei einen quasi-vertraglichen Ansatz. Sie versucht das objektiv angemessene Entgelt zu ermitteln, indem sie das übliche Entgelt durch Berücksichtigung verletzungsspezifischer Gesichtspunkte anpasst. Ausgehend von ihrer Billigkeitserwägung, mit der sie die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ auch begründet (der Verletzer dürfe nicht besser stehen als ein rechtmäßiger Lizenznehmer), preist sie in die übliche oder Mindestlizenzgebühr besondere „Verletzervorteile“ zusätzlich ein. Die praktische Konsequenz daraus ist hauptsächlich, dass dem Verletzten Verzugszinsen für Zeiten vor Mahnung und Prozessbeginn gewährt werden, weil – so die Rechtsprechung – der Verletzer sonst durch die erreichte Zahlungsverzögerung besser stünde als ein rechtmäßiger Lizenznehmer, der typischerweise in regelmäßigen und nicht sehr langen Zeitabständen abrechnet. Durch die Wahl dieses gedanklichen Ansatzes bringt sich die Rechtsprechung allerdings selbst in die Defensive, da die Verletzer herausgefordert werden, umgekehrt auch „Verletzernachteile“ geltend zu machen, um eine Herabsetzung der Lizenzgebühr zu erreichen. Lässt die Rechtsprechung sich darauf ein, setzt sie im Nachhinein faktisch eine „angemessene Zwangslizenz“ fest und sieht sich darüber hinaus dem – von diesem Ansatz her konsequenten – Argument des Verletzers gegenüber, die Zahlung der Gebühr müsse zur Legalisierung der Nutzung führen. Lehnt die Rechtsprechung dies ab, kann sie nur auf das Verbotene des Tuns des Verletzers und dessen Strafwürdigkeit verweisen und setzt sich dem Argument aus, sie gewähre im Ergebnis einen pauschalen Strafzuschlag. Sie steht damit trotz größeren Begründungsaufwands an der Seite der französischen Rechtsprechung, die regelmäßig einen Verletzerzuschlag auf die übliche Lizenzgebühr zuspricht, was im Rahmen des art. 1382 C. c. nicht nachvollziehbar zu begründen ist.<sup>1673</sup>

---

<sup>1672</sup> Die *Eddie Irvine*-Entscheidung des Court of Appeal ist ein Beispiel für ein Vorgehen im Sinne der zweiten Möglichkeit. Für die dritte Möglichkeit entschied sich das Gericht in der *Catnic Components*-Entscheidung.

<sup>1673</sup> Vgl. die Stellungnahmen der französischen Literatur, Teil 2 C. II. 3. a) bb) (2) iii.).

Gelegentlich preist die deutsche Rechtsprechung auch sonstige Schäden des Verletzten in die Lizenzgebühr ein. So erhöhte der BGH in der „Tchibo-Rolax II“-Entscheidung die (wie auch immer ermittelte) „übliche“ Lizenzgebühr, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass durch die Nachahmung des berühmten Markenprodukts das „Image“ der Marke beschädigt wurde und der Verletzte daher „keinesfalls“ eine Lizenz erteilt hätte. Dabei wird der Ansatz, ein „Entgelt“ für die Nutzung festlegen zu wollen, vollends zur Floskel. Es mag zwar sein, dass in manchen Fällen der Rechtsinhaber – gegen Erhöhung seiner üblichen Lizenzgebühr – bereit gewesen wäre, die Nutzung seines Rechts auch für ein imageschädigendes Produkt zu gestatten; dafür spricht z. B. die Stellungnahme *Eddie Irvines* in dem Verfahren gegen *TalkRadio*.<sup>1674</sup> Meist dürfte dies bei drohenden Imageschäden jedoch nicht zutreffen.

#### 4. Fazit und zu den Implikationen der RL 2004/48/EG

Die Ausführungen oben 1. haben gezeigt, dass das Versäumnis des Verletzers, einen entgeltlichen Lizenzvertrag mit dem Berechtigten abzuschließen, dazu führen kann, dass der Verletzte einen ersatzfähigen Schaden erleidet. Dies ist der Fall, sofern – mit dem im jeweiligen Recht für die Erreichung des anwendbaren Beweismaßes notwendigen Grad an Wahrscheinlichkeit – anzunehmen ist, dass der Rechtsinhaber einen Lizenzvertrag mit dem Verletzer abgeschlossen hätte, wenn dieser sich darum bemüht hätte. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob dem Verletzten ein Schaden gerade in Form eines entgangenen Gewinns durch entgangenen Absatz entstanden ist.<sup>1675</sup>

In der Praxis treten jedoch bei dem Versuch zu ermitteln, welchen Betrag die konkreten Parteien mutmaßlich vereinbart hätten, Schwierigkeiten auf, die dazu führen, dass dieser Ansatz durch ein Ausweichen auf den objektiven Wert der Nutzung ersetzt werden muss. Bei den auftretenden Schwierigkeiten handelt es sich meist um Einwände des Verletzers, die man nicht berücksichtigen möchte, da die Verletzung ihm dann ökonomische Vorteile belassen würde. Daraus folgt, dass eine Lizenzgebühr zwar theoretisch entgangener Gewinn sein kann, dass man in

---

<sup>1674</sup> Seine Einlassung könnte allerdings von prozesstaktischen Erwägungen beeinflusst gewesen sein: Möglicherweise befürchtete er, das Gericht würde ihm den Anspruch versagen, wenn er erklärte, dass er einen Vertrag abgelehnt hätte.

<sup>1675</sup> So fälschlich die Entscheidung „Vier-Streifen-Schuh“, dazu oben Teil 2 C. II. 2. b) bb).

der Praxis aber fast immer doch dahin gelangt, einen höheren Wert festzulegen, und zwar deshalb, weil der Verletzer sonst von der Verletzung profitieren würde.

Des Weiteren treten Fälle auf, in denen es nicht zu einer Vereinbarung gekommen wäre, weil diese rechtswidrig oder (und dieser Fall ist häufiger) ökonomisch unmöglich gewesen wäre. Wirtschaftlich unmöglich ist eine Vereinbarung, deren Abschluss bei dem Rechtsinhaber zu einem derart hohen Schaden führt, dass der Preis, den er mindestens fordern müsste, um aus der Vereinbarung einen Nutzen zu ziehen, so hoch ist, dass derjenige, der das Recht genutzt hat, ihn nicht hätte aufbringen können. Diesen Gesichtspunkt durch einen Aufschlag auf die übliche Lizenzgebühr zu berücksichtigen, wie es die Rechtsprechung tut, erscheint insofern unbefriedigend, als dabei jedes Kriterium für die Höhe des Zuschlages fehlt und letztlich ein willkürlicher Preis festgesetzt wird.<sup>1676</sup> Das angemessene Entgelt muss sich dann am Imageschaden des Verletzten orientieren, der an Hand der oben B. IV. entwickelten Kriterien geschätzt werden muss. Wenn dies aber so ist, ist das Konzept des angemessenen Entgelts als Schaden entweder nutzlos, da man den Imageschaden ebenso gut oder besser direkt schätzen kann, oder es dient dazu, dem Verletzten angemessenen Schadensausgleich unter dem Etikett des „objektiv angemessenen“ Entgelts gerade zu verweigern.

Alternativ bleibt als Kriterium für die angemessene Lizenzgebühr die Bewertung der vom Verletzer gezogenen Vorteile, wie das „parasitische“ Partizipieren an dem guten Ruf des Verletzten. Dabei geht es jedoch um die Bereicherung des Verletzers. Dafür spricht auch, dass ein Abzug für Kosten, die beim Verletzten bei Abschluss eines Lizenzvertrages angefallen wären, in aller Regel nicht vorgenommen wird.<sup>1677</sup> Zwar mag es so sein, dass normalerweise keine oder nur geringe zusätzliche Kosten für den Verletzten anfallen würden; generell kann dies aber nicht angenommen werden.

Soweit der Verletzte den Gebrauch seines Rechts nicht gestattet hätte und ihm durch die Nutzung auch kein Schaden entsteht, dient die Zusprechung der Lizenzgebühr der Rechtswahrung oder der Abschöpfung der Bereicherung des Verletzten oder beidem; sie ist dann kein kompensatorischer Schadensersatz.<sup>1678</sup> Dem

<sup>1676</sup> Dafür jedoch Dreier, Kap. 8 II 1. b) bb), S. 266f.

<sup>1677</sup> Eine Ausnahme ist die englische Entscheidung *United Telephone Co. v. Walker & Oliver* [1887] R. P. C. 63 [66]: Die Patentinhaber pflegten die Telefone nicht zu verkaufen, sondern nur zu vermieten. Hier wurden bei der Schadensberechnung von der üblichen Mietgebühr die Kosten für die Herstellung und Wartung der Telefone, die den Klägern bei Durchführung von Mietverträgen entstanden wären, abgezogen. Wie diese Kosten ermittelt wurden, geht aus der Entscheidung nicht hervor.

<sup>1678</sup> Keuk, S. 76ff.; Edelman, Kap. 3, C 2) a), S. 101.

Argument, es handele sich um einen „objektiven“ Schaden, ist entgegenzuhalten, dass dieser Schadensbegriff gerade nicht „objektiv“ ist, sondern höchst subjektiv, und zwar subjektiv in dem Sinne, dass er in besonderem Maße auf subjektiven Wertungen des Richters beruht. Dies zeigt etwa die Stellungnahme *Böttchers*, wonach ein Vagabund, der sich in dem Haus eines wohlhabenden Mannes aufhält, während dieser sich auf einer Weltreise befindet, nicht nur wegen Hausfriedensbruchs und etwa angerichteter Schäden straf- und haftbar sein sollte, sondern darüberhinaus „doch zweifellos“ zivilrechtlich auf eine angemessene Nutzungsentschädigung haften müsse.<sup>1679</sup> Die gleiche Einstellung wird aus der Stellungnahme des *Earl of Halsbury* sichtbar, der meinte: “if the owner of a chair was deprived of it, it was no ground for giving nominal damages that he did not want to sit upon it”<sup>1680</sup>. Auch *Lord Shaws* Plädoyer für die “notional royalty” im Patentrecht (“Could it be suggested that this might be done with impunity?”) bestätigt dies. Dies beruht nicht auf einer logischen Folgerung, sondern auf der – moralischen und/oder auf ökonomische Gesichtspunkte gegründeten – Überzeugung, dass dem Interesse an der Rechtswahrung der Vorrang gebührt gegenüber einem Interesse anderer (des Verletzers und dessen Kunden) an einer stärkeren Verbreitung der Nutzung des geschützten Rechts bzw. der davon erfassten Produkte. Solche Wertungen gehören in das Bereicherungsrecht sowie in das Recht der Privatstrafe, soweit man letztere anerkennt.<sup>1681</sup> Die deutsche Rechtsprechung hatte dies zwischenzeitlich erkannt<sup>1682</sup>, verschließt sich jedoch inzwischen wieder dieser Einsicht. Sie betont, dass es sich lediglich um eine Methode zur Berechnung des anderweitig begründeten Schadens handele, und verlangt, dass der Verletzte zumindest irgendeinen entgangenen Gewinn nachweist. Dies ist jedoch nicht stichhaltig, denn es kann sich nur dann um eine Schadensberechnungsmethode handeln, wenn man zumindest versucht, damit den Schaden (und nicht etwas anderes) zu berechnen.

Die Beschränkung der Zuerkennung der Lizenzgebühr auf Fälle, in denen der Berechtigte die Nutzung wahrscheinlich gestattet hätte, ist mit Art. 13 Abs. 2 b) RL 2004/48/EG vereinbar, da danach ein angemessenes Entgelt nur „in geeigneten Fällen“ als Schadensersatz festgesetzt werden soll.

---

<sup>1679</sup> Böttcher AcP 158 [1959/60]. 385 [405]: „Von der Frage der Beitreibbarkeit einmal abgesehen, wird hier doch zweifellos ein Ersatzanspruch gefordert als Sanktion des Eigentums- und Besitzschutzes.“

<sup>1680</sup> S. o. Teil 4 C. II. 2. b) bb).

<sup>1681</sup> Zum Unterschied zwischen beidem unten C. III. 3. b) sowie F.

<sup>1682</sup> Vgl. BGHZ 77, 16 (“Tolbutamid”).

## VI. Nichtvermögensschäden durch Verletzung von Persönlichkeitsrechten

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
A. III. 2.	C. IV. 1.	C. III. 1. c) ( <i>Alan Campell; Burstein, Grobbelaar</i> )
Zur Abgrenzung: C. II. 2. a) cc) C. II. 3. f)		C. V. 1. und 2. a)
C. III.		

### 1. Allgemeines

Das deutsche und das französische Recht differenzieren bei den Folgen von Persönlichkeitsrechtsverletzungen zwischen Vermögensschäden und Nichtvermögensschäden. Im englischen Recht ist dies weniger deutlich, da eine terminologische Unterscheidung fehlt und die „general damages“ schwer bestimmbar finanzielle Einbußen mit umfassen.

In Deutschland und Frankreich ist die Zuerkennung einer Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen davon abhängig, dass die Naturalrestitution durch Widerruf etc. nicht möglich oder nicht ausreichend ist. In England (wo allerdings von vornherein nur schwerwiegendere Verhaltensweisen eine Schadensersatzpflicht auslösen können, da es ein allgemeines Persönlichkeitsrecht im englischen Recht nicht gibt) geht man dagegen stets davon aus, dass die Ehre des Verletzten dadurch wiederhergestellt wird, dass er anderen gegenüber darauf verweisen kann, dass ihm als Genugtuung eine bestimmte Summe zugesprochen wurde. Auch hier kann jedoch die Veröffentlichung eines Widerrufs oder einer Entschuldigung die Schadenshöhe reduzieren.

Für die Höhe der Geldentschädigung sind in allen Rechten primär die objektive Schwere der Verletzung und die Auswirkungen auf das Opfer, das Ausmaß von dessen Ärger oder Kränkung, entscheidend.



## 2. Weniger Schadensersatz bei vorgeschädigtem Ruf?

Zu Teil 4 C. III. 1.

Im englischen Recht besteht die Besonderheit, dass das Gericht dann, wenn der Beklagte die von ihm konkret aufgestellte ehrenrührige Behauptung nicht beweisen kann, dennoch anspruchsmindernd berücksichtigen kann, dass der Kläger aus anderen, mit dem Vorwurf in gewissem Zusammenhang stehenden Gründen keinen guten Leumund hat.

Soweit die aufgestellte falsche Behauptung lediglich insofern ungenau ist, als das Ausmaß einer Verfehlung übertrieben wurde, versteht sich dies von selbst: Die falsche Behauptung, eine Person habe £ 2000 gestohlen, verursacht einen höheren immateriellen Schaden, wenn die Person gar keinen Diebstahl begangen hat, als wenn sie „nur“ £ 1500 gestohlen hat. Es werden jedoch auch sonstige Umstände berücksichtigt, die eine andere Qualität haben als die streitgegenständliche Aussage, wenn sie mit dem Vorwurf zumindest in einem weit verstandenen Zusammenhang stehen. Dies ist abzulehnen, da es den Beklagten geradezu herausfordert, immer neue Behauptungen über den Kläger in den Prozess einzuführen, den Prozessgegenstand so zu erweitern und von der konkret nicht beweisbaren Behauptung, die ursprünglich Prozessgegenstand war, abzulenken.<sup>1683</sup> Die im Länderbericht erwähnten Anwendungsfälle zeigen, dass sie in der Praxis hauptsächlich dazu führt, dass der mit dem Prozess verbundene Leidensdruck auf den Kläger sich erhöht und der Streit eskaliert (*Alan Campbell*) und simple Fälle komplizierter erscheinen als sie sind (*Burstein*). *Grobbelaar v. News Group Newspapers* ist von den im Länderbericht erwähnten Anwendungsfällen noch die einleuchtendste Entscheidung, auch wenn (einem kontinentalen Beobachter) das Rechtsgefühl der Jury durchaus intakt erscheinen mag, wenn man bedenkt, dass die Zeitung einen *agent provocateur* eingesetzt und den arglosen Kläger abgehört hatte.

Die Weisheit der Regel ist aber auch grundsätzlich zu bezweifeln. Sie beruht auf der Wertung, dass der Schadensersatz davon abhängen müsse, dass der Kläger überhaupt einen Ruf hat, der in den Schmutz gezogen werden kann. Das erscheint eingängig, ist aber so logisch nicht. Zunächst einmal verbietet das Gesetz das Aufstellen unwahrer Tatsachenbehauptungen über andere und nicht ausschließlich das

---

<sup>1683</sup> Vgl. die Ausführungen zu *Alan Campbell v. News Group Newspapers*.

Aufstellen unwahrer Tatsachenbehauptungen über Personen mit untadeligem Lebenswandel.<sup>1684</sup> Weiter ist unklar, warum es jemandem, der einen schlecht beleumundeten Kläger kritisieren will, nicht zuzumuten sein soll, eine wahre ungünstige Tatsache über ihn zu behaupten: Dies dürfte ja dann nicht schwierig sein.

### 3. „Vindication of the plaintiff’s reputation“, „aggravated damages“, Genugtuungsfunktion, Gefühlsschaden

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
A. III. 1.	C. IV. 1.	C. I. b) cc) und 1. d)
C. III.		C. IV. und V. 1.

Bei der Festsetzung von „general damages“ wegen „defamation“ ist u. a. zu berücksichtigen, dass die Summe geeignet sein soll, den Ruf des Klägers wieder herzustellen, indem er in die Lage versetzt wird, einem unbeteiligten Dritten gegenüber auf die Entscheidung zu verweisen, um ihm klarzumachen, dass der Vorwurf unzutreffend war („vindication of the plaintiff’s reputation“); zugleich wird formuliert: „compensation is here a solatium“.<sup>1685</sup>

„Aggravated damages“ knüpfen an das Verhalten des Täters an, insbesondere daran, ob er dem Verletzten gegenüber eine besonders verächtliche Haltung eingenommen und ihn als Person missachtet hat. Sie werden jedoch nur gewährt, wenn und soweit dies konkrete Auswirkungen auf den Verletzten hatte und dessen Nichtvermögensschaden erhöhte. Die Gerichte erheben heute sorgfältig Beweis über die Frage, ob und inwieweit die objektiv erschwerenden Umstände („aggravating features“) wirklich Ärger und Gram der Opfer verstärkt haben. Darum ist ihre Einordnung als „compensatory damages“ richtig; es handelt sich nicht um Privatstrafen.

<sup>1684</sup> Ein Versuch, eine Pamplin’s rule entsprechende Vorschrift in den Defamation Act 1996 aufzunehmen, scheiterte – angeblich daran, dass das Parlament keine Zeit hatte, sich mit der Vorlage zu befassen, so May LJ in *Burstein v. Times Newspapers Ltd.*, Case No. A2/2000/0510, Rn. 38.

<sup>1685</sup> Siehe das Zitat von Lord Hailsham in *Cassell v. Broome*, oben Teil 4 C. IV. 2

Beides lädt zu einem Vergleich mit der vom BGH angenommenen Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes und der Entschädigung für Nichtvermögensschäden ein. Wie insbesondere das Zitat von *Lord Hailsham* in *Broome v. Cassell* über „general damages“ als „vindication“ und „solatium“ zeigt<sup>1686</sup>, werden diese Aspekte im englischen Recht nicht für unvereinbar mit der Ausgleichsfunktion von „general damages“ gehalten; ihre Eigenart wird vielmehr auf die Besonderheit des immateriellen Schadens, insbesondere der Rufschädigung, zurückgeführt. Demgegenüber hat der BGH die Genugtuungsfunktion, die er als die zweite Funktion des Schmerzensgeldes (neben der Ausgleichsfunktion) ansieht, in der Grundsatzentscheidung BGHZ 18, 149 ausdrücklich auf pönale Elemente zurückgeführt, die bereits in den deutschen Zivilrechten der Zeit vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches vorhanden waren, während die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes lediglich beinhalten soll, dass Unlustgefühle auf Grund sich äußerlich manifestierender Schäden durch die Gewährung materieller Annehmlichkeiten aufgewogen werden<sup>1687</sup>. Dem ist jedoch mit einer in der Literatur vertretenen Ansicht entgegenzuhalten, dass auch „Gefühlsschäden“ – Gefühle der Kränkung und Missachtung – im Rahmen der Ausgleichsfunktion zu berücksichtigen sind. Wie *Canaris* richtig ausgeführt hat, setzt sich der immaterielle Schaden aus unterschiedlichen Komponenten zusammen, zu denen „äußere“ gehören wie der Verlust an Entfaltungs- und Gestaltungsmöglichkeiten und Lebensqualität, aber auch „innere“<sup>1688</sup>, wie das Gefühl der Kränkung, Missachtung, der aufgezwungenen Hilflosigkeit bzw. die Erinnerung daran. Allerdings spricht nichts dagegen, diesen Aspekt der Ausgleichsfunktion als „Genugtuung“ zu bezeichnen, denn wie sollte man die Wiedergutmachung von Kränkung und Missachtung treffender bezeichnen?

Der BGH ist darüber allerdings hinausgegangen, indem er ausgeführt hat, z. B. der Verschuldensgrad des Schädigers könne sich nicht nur verbitternd auf den Geschädigten auswirken, sondern dessen Berücksichtigung entspreche auch „ganz abgesehen von der Reaktion des Verletzten“ der Billigkeit und dem Genugtuungsgedanken.<sup>1689</sup> (Nur) eine so verstandene Genugtuung ist in der Tat „schadensfern und sanktionsnah“<sup>1690</sup>. Anders liegt es dagegen, solange es dem Verletzten nicht

<sup>1686</sup> Siehe das Zitat von Lord Hailsham in *Cassell v. Broome*, oben Teil 4 C. IV. 2

<sup>1687</sup> Dieses Argument wird auch nicht besser dadurch, dass es vom großen Windscheid stammt, zur Geschichte des Schmerzensgeldes vgl. Gounalakis AfP 1998, 10, 12.

<sup>1688</sup> FS Deutsch, 85, 103.

<sup>1689</sup> BGHZ 18, 149 unter II. 1., der BGH lehnt hier ausdrücklich die „neuere Ansicht“ ab, wonach die Reaktion des Verletzten allein entscheidend sei.

<sup>1690</sup> Deutsch, Haftungsrecht, 2. Auflage, Rn. 908; Lorenz FS Wiese 261, 271ff.

darum geht, nun seinerseits dem Täter zu schaden, sondern darum, dass dieser und die Rechtsordnung anerkennen, dass ihm ein Übel zugefügt wurde. Theoretisch könnte symbolischer Schadensersatz hierfür ausreichen; dies würde aber keine Abstufung anhand der Schwere der Kränkung ermöglichen, und zumindest in der heutigen Zeit wird das Konzept eines symbolischen Schadensersatzes nicht verstanden und von einer geringen Summe zwangsläufig auf einen geringen Wert des verletzten Rechtsguts oder auf die Geringfügigkeit der Verletzung geschlossen.

Nicht überzeugen kann die Ansicht *Hirschs*, der diese Argumentation ablehnt, weil es sich beim Schaden um Nachteile handeln müsse, die aus dem Erfolg entstehen, während die Verbitterung über den Verschuldensgrad aus dem Zuwiderhandeln gegen den Normbefehl resultiere und deshalb den Erfolgseintritt nicht einmal voraussetze, z. B. schon bei einer versuchten Schädigung auftreten könne.<sup>1691</sup> Die Planung einer Schädigung stellt auch eine Beeinträchtigung der Persönlichkeit des auserkorenen Opfers dar, die zu einem immateriellen Schaden führen kann; dieser ist lediglich deshalb nicht ersatzfähig, weil die Rechtsordnung – vernünftigerweise – vorsieht, dass ein derartiger immaterieller Schaden nur bei tatsächlich eingetretenen Verletzungen bestimmter Rechtsgüter zu entschädigen ist, zumal er ohnehin nur dann nennenswerte Ausmaße erreichen dürfte. Wenn aber der Ersatz immateriellen Schadens ausdrücklich zugelassen ist, wie bei vollendeten Rechtsgutsverletzungen, so ist es nicht zulässig, dem Opfer den Anspruch trotzdem zu versagen und ihm gönnerhaft mitzuteilen, „dass [es] die schuldhafte Verletzung der Rechtsordnung schmerzlich [empfinde, sei] nur ein positiver Ausdruck seines Rechtsempfindens, bezahlen lassen [könne es] sich das nicht“<sup>1692</sup>. *Hirsch* verkennt, dass die fraglichen Handlungen nicht nur rechtswidrig sind und straf- wie zivilrechtliche Sanktionen auslösen, weil der Staat derlei nicht dulden kann, sondern auch, um die Interessen der betroffenen einzelnen Menschen zu schützen.

Die Erwägungen, aus denen heraus das House of Lords „aggravated damages“ zu „compensatory damages“ erklärt hat, beruhen auf einem derartigen Verständnis des Schadensausgleichs bei immateriellen Schäden: Es handelt sich um einen Ausgleich für besonders ausgeprägte Gefühlsschäden. Im englischen Recht ist zu beobachten, dass einer Ausuferung dieses Gesichtspunktes in dem Sinne, dass besonders leicht erregbare oder rachsüchtige Menschen mehr erhalten könnten als ausgeglichene, dadurch vorgebeugt wird, dass zunächst ein Akt der besonderen

<sup>1691</sup> Hirsch FS Engisch 304, 307.

<sup>1692</sup> Hirsch FS Engisch 304, 317.

Missachtung der Persönlichkeit des Klägers festgestellt werden muss, der bei objektiver Betrachtung ein besonders starkes Gefühl der Kränkung hervorzurufen geeignet ist. Diese Vorgehensweise erscheint nicht nur vernünftig, sie zeigt auch, dass in der deutschen Diskussion um die Genugtuungsfunktion zusammengehörige Gesichtspunkte zu sehr zergliedert werden: Äußerlich sichtbare Zeichen der Missachtung einer Person rufen bei dieser eben auch rein innerliche Gefühlschäden hervor.

Aus diesem Grund fragt sich allerdings, ob es notwendig und auch nur sinnvoll ist, „aggravated damages“ bzw. die Verfolgung (nur) der Genugtuungsfunktion als separate Kategorie einzustufen, da dies eine ebenso schwierige wie überflüssige und häufig auch unmögliche Unterscheidung zwischen dem „gewöhnlichen“ Delikt und dem besonders schwerwiegenden Delikt bzw. zwischen „äußerem Nichtvermögensschaden“ und „Gefühlsschaden“ erforderlich macht.<sup>1693</sup> Im deutschen Recht hat der BGH später klargestellt, dass eine derartige Trennung jedenfalls keine getrennte Festsetzung von Beträgen für „Ausgleich“ und „Genugtuung“ zur Folge haben kann. Im englischen Recht ist separate Behandlung von „aggravated damages“ wohl nur im Kontext der *Rookes v. Barnard*-Entscheidung zu verstehen. In dem Bestreben, „punitive damages“ möglichst weitgehend einzudämmen, ohne radikal mit dem bis dahin gewachsenen Fallrecht zu brechen, klammerte das House of Lords diejenigen Präzedenzfälle, in denen durch erhöhte Beträge eine dem Geschädigten zugefügte besondere Schmach geahndet werden sollte, aus dem Bereich der „exemplary damages“ aus. Es ist zu bezweifeln, dass in den ausgewählten Fällen der gewährte Schadensersatz (häufig als „punitive damages“ bezeichnet) wirklich in einer Relation zu den psychischen Auswirkungen des Täterverhaltens auf das Opfer stand. Die Aussage *Lord Devlins*, dass den erhöhten Beträgen hier jeweils ein erhöhter Nichtvermögensschaden der Verletzten entsprochen habe, hält einer genaueren Betrachtung der Präzedenzfälle wohl nicht stand. Sie wies vielmehr den Weg für die zukünftige Entwicklung des Rechts mit dem Ziel, für diese Fallgruppe und zumindest für die Zukunft die Anbindung an das Ausgleichsprinzip wieder zu gewährleisten.

Die Stellungnahme des Privy Council in *The Gleaner Company Ltd and another v. Abrahams*<sup>1694</sup> deutet allerdings darauf hin, dass die jetzigen Mitglieder des House of Lords ein radikal anderes Verständnis der „general damages“ und der „aggra-

---

<sup>1693</sup> Ebenso Funkel, S. 227.

<sup>1694</sup> S. dazu Teil 4 C. V. 2. a) am Ende.

vated damages“ haben und es zumindest im Bereich der „defamation“ auch aus rechtspolitischen Gründen nicht für notwendig erachten, an dem Ausgleichscharakter der „general damages“ und der „aggravated damages“ festzuhalten. Dies könnte zum vollständigen Bruch mit *Rookes v. Barnard* und *Broome v. Cassell* führen.<sup>1695</sup>

#### 4. Andere als tatbezogene Bemessungskriterien

Die französische Rechtsprechung lehnt es bisher ab, bei der Bemessung des Schadensersatzes andere als tatbezogene Kriterien (wozu sie auch den Grad des Verschuldens des Verletzers zählt) zu berücksichtigen. Dies erscheint als zu kurz gegriffen, zumindest wenn man das im vorhergehenden Abschnitt erläuterte Verständnis des Nichtvermögensschadens zu Grunde legt. Denn das Ausmaß des „Gefühlsschadens“ des Verletzten kann auch davon abhängen, ob er Opfer einer leicht fahrlässigen oder einer vorsätzlichen Tat geworden ist. Diejenigen Stimmen in der französischen Literatur, die wegen der als ungenügend empfundenen Höhe der zugesprochenen Summen für eine Erhöhung der Entschädigungssummen eintreten, plädieren jedoch statt für eine stärkere Berücksichtigung dieses „Gefühlsschadens“ für die Heranziehung weiterer objektiver Kriterien, insbesondere die Kosten der Verletzung. Damit würde der Bereich des Ausgleichs allerdings verlassen, sofern nicht im Einzelfall angenommen werden kann, dass die Kosten proportional zur Verbreitung der persönlichkeitsrechtsverletzenden Publikation und diese wiederum proportional zur erlittenen Kränkung ist.

In Deutschland hat der BGH mit der *Caroline*-Rechtsprechung ein neues Element in das Recht der Entschädigung für Nichtvermögensschäden eingeführt, indem er erklärt hat, dass er mit der Entschädigung dann, wenn beim Schädiger Vorsatz und Gewinnerzielungsabsicht vorliegen, primär Sanktions- und Präventionszwecke verfolge. Die Gewinne des Verletzers können bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen sein, so der BGH, da anderenfalls Persönlichkeitsgüter der „rücksichtslosen Zwangskommerzialisierung“ schutzlos ausgesetzt seien. Der Präventionszweck der Entschädigung müsse dazu führen, dass die Entschädigung ein Gegenstück dazu bilde, dass hier die Persönlichkeitsrechte zur

---

<sup>1695</sup> Zur Ausweitung der Möglichkeiten, „exemplary damages“ zu verhängen, durch *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* s. o. Teil 4 C. 1. d).

Gewinnerzielung verletzt worden seien. Dies führt dazu, dass die in solchen Fällen als Entschädigung zugesprochenen Summen Schmerzensgelder bei Personenschäden weit übersteigen können.

Dieses Element der deutschen Rechtsprechung zum Ausgleich für Nichtvermögensschäden findet in den englischen „exemplary damages“ in Funktion und Begründung seine Entsprechung. *Lord Devlin* definierte in *Rookes v. Barnard* die Fälle, in denen „exemplary damages“ verhängt werden können.<sup>1696</sup> Seine „zweite Kategorie“ umfasst solche Fälle, in denen sich der Verletzer bewusst entschlossen hat, die Rechtsgüter des Klägers zu verletzen, weil er annimmt, dass die Vorteile daraus die Nachteile für ihn überwiegen werden, selbst wenn er deswegen verklagt wird und Schadensersatz leisten muss: Jemandem, der die Rechtsgüter anderer so zynisch missachte, müsse gezeigt werden, dass ein Delikt sich nicht auszahle. Ein wichtiges Anwendungsgebiet dieser Rechtsprechung sind Fälle der „defamation“.

Als kompensatorischer Schadensersatz lassen sich diese Institute nicht ansehen, soweit der zugesprochene Betrag nicht zumindest auch eine Einbuße des Verletzten ausgleichen soll. Möglicherweise kann in einigen Fällen der hinter den englischen „aggravated damages“ stehende Gedanke aufgegriffen und angenommen werden, dass der Zorn und die Kränkung des Verletzten so lange bestehen bleiben, wie er davon ausgehen muss, dass der Verletzer den Gerichtssaal achselzuckend verlässt, weil er trotz Unterliegens im Prozess finanzielle Vorteile aus seinem Verhalten gezogen hat. Allerdings besteht dann die Gefahr eines Missverhältnisses zwischen dem Ausgleich derartiger immaterieller Schäden von Prominenten und dem Schmerzensgeld von Personen, die schwere Körperverletzungen erlitten haben. Dem kann zum Teil entgegengewirkt werden, indem anspruchsmindernd berücksichtigt wird, inwieweit die Person an den Umgang mit der Presse gewöhnt ist. Sehr hohe Summen können jedoch nur noch als Privatstrafe begründet werden (dazu und zur Abgrenzung vom Recht der ungerechtfertigten Bereicherung nachfolgend C. und D.).

---

<sup>1696</sup> S. o. Teil 4 C. I. 1. d).





## C. Bereicherungsrecht

Da es keinen gemeinsamen Begriff des Bereicherungsrechts gibt, wird zunächst kurz umrissen, welchen Platz es jeweils im System der untersuchten Rechtsordnungen einnimmt (I.). Die folgenden Abschnitte untersuchen, ob Ansprüche auf eine Lizenzgebühr (II.) oder auf Herausgabe des Verletzergewinns (III.) Bereicherungsansprüche sein können.

### I. Allgemeine Charakteristika und Voraussetzungen

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
D. I.	E.	C. I. 1. f)

Alle untersuchten Rechte kennen grundsätzlich das Prinzip, wonach ungerechtfertigte Bereicherungen auszugleichen sind. Es besagt, dass eine bestehende Vermögenslage zu Gunsten einer Person zu korrigieren ist, wenn ein bei einer anderen Person eingetretener Vermögensvorteil ohne billigen Grund auf Kosten der ersteren erzielt worden ist.

Darüber, wann eine bestehende Vermögenslage aus Gründen der Gerechtigkeit zu Gunsten eines anderen zu korrigieren ist, können durchaus unterschiedliche Ansichten bestehen, die letztlich auf ethischen und wirtschaftspolitischen Grundüberzeugungen beruhen: auf der Wertung, wann welcher Person ein bestimmter Vermögenswert „zusteht“. Das Bereicherungsrecht ist daher in besonderem Maß durch Billigkeitserwägungen geprägt und gilt in allen untersuchten Ländern als besonders vage Materie.

Das deutsche und das französische Recht erkennen dem Prinzip, dass ungerechtfertigte Bereicherungen auszugleichen sind, Rechtsnormcharakter zu. Bereicherungsansprüche ergeben sich hier aus eigenständigen Anspruchsgrundlagen, die die Form von (spezialgesetzlichen, im Falle Frankreichs auch teilweise richterrechtlich geschaffenen) Generalklauseln haben. Rechtsprechung und Literatur versuchen, die Voraussetzungen dieser Ansprüche zu präzisieren. Im englischen Recht

sind dagegen bisher nur vereinzelt Ansprüche direkt auf das Prinzip des „unjust enrichment“ gestützt worden. Dieses hat hier bisher hauptsächlich als gedankliches Konstrukt Bedeutung. Im Zuge der Bemühungen, Ordnungsprinzipien für das existierende Fallrecht zu finden, werden insbesondere bestimmte „remedies“ als „restitution“ eines „unjust enrichment“ begriffen. Dabei handelt es sich um solche „remedies“, denen in besonderem Maße Billigkeitserwägungen zu Grunde liegen. Im Rahmen der Fallgruppe des „unjust enrichment by wrongdoing“, das für die vorliegende Untersuchung allein interessiert, werden von der Law Commission solche „remedies“ als „restitutionary“ verstanden, deren Höhe sich nicht an einer konkreten Einbuße des Anspruchstellers orientiert, sondern an einem vom „wrongdoer“ erzielten Vermögensvorteil.

## II. Lizenzgebühr

Es stellt sich die Frage, ob ein Entgelt für eine vorgenommene Nutzung eines „geistigen Eigentumsrechts“ einen Bereicherungsausgleich darstellt.

### 1. Standpunkt der untersuchten Rechte

In Deutschland hat sich mittlerweile nach jahrzehntelangen Diskussionen die Ansicht durchgesetzt, dass die Lizenzgebühr – zumindest auch – bereicherungsrechtlich zu qualifizieren ist. Dies wird damit begründet, dass ein Bereicherungsanspruch bei dem Eingriff in ein Recht, das seinem Inhaber „vermögensrechtlich zugewiesen“ ist, grundsätzlich gegeben sei. Die angemessene Lizenzgebühr stelle den nach § 818 Abs. 2 BGB zu leistenden Ersatz des objektiven Wertes des Gebrauchs des Rechts dar, da die Lizenzgebühr „die Werteinschätzung dar[stelle], welche die verkehrsbeteiligten Kreise einem solchen Gebrauch entgegenbringen“<sup>1697</sup>. Eine Entscheidung des X. Senats des BGH („Tolbutamid“) ging so weit, zu erklären, dass die „Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr“ nur zufällig im Rahmen des Schadensrechts entstanden sei und dort eigentlich keinen Platz habe, der BGH ist davon später allerdings implizit wieder abgerückt.<sup>1698</sup>

<sup>1697</sup> Vgl. die Entscheidung „Kunststoffhohlprofil II“, dazu Teil 2 D. IV. 2. a) bb) und cc).

<sup>1698</sup> Dazu bereits oben B. V.

Es scheint, dass das Konzept von der Zusprechung einer Lizenzgebühr als Ausgleich einer Verletzung „geistigen Eigentums“ im französischen Recht zumindest im Urheberrecht ursprünglich auf Grund von Einflüssen des deutschen Bereicherungsrechts eingeführt wurde. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung ist von dieser Ansicht sichtlich noch beeinflusst, der Kassationshof stützt die entsprechenden Entscheidungen jedoch nur im Ergebnis und begründet sie schadensrechtlich. Danach ist das angemessene Entgelt entweder entgangener Gewinn oder ein Faktor, der bei der „souveränen“ Bemessung des Schadens durch das Gericht in nicht näher definierter Weise berücksichtigt werden darf.

Im englischen Recht wird der bereicherungsrechtliche Charakter der angemessenen Lizenzgebühr negiert in Fällen, in denen eine Vereinbarung zwischen den Parteien denkbar gewesen wäre, da der Verletzte grundsätzlich Lizenzen vergab. Dies liegt daran, dass sie im Schadensrecht unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns entwickelt wurde und das Entgelt, das dem Verletzten entgangen ist (Schaden) und die ersparten Aufwendungen des Verletzers sich entsprechen, wenn man annehmen kann, dass die Parteien sich über die entgeltliche Gestattung der Nutzung geeinigt hätten, wenn der Verletzer sie erbeten hätte. In der Praxis treten jedoch häufig Umstände auf, die die Bestimmung des Entgelts in Form des entgangenen Gewinns unmöglich oder inopportun erscheinen lassen.<sup>1699</sup> Dann – wie auch in sonstigen Fällen – entscheidet sich die Rechtsprechung in der Regel dafür, sich bei der Bemessung des Entgelts am Vorteil des Verletzers zu orientieren. Sehr deutlich wird dies in dem Votum von *Lord Denning* in der Entscheidung *Seager v. Copydex I*. Er erklärte einerseits:

“The court grants neither an account of profits, nor an injunction, but only damages to be assessed by the master. Damages should be assessed on the basis of reasonable compensation for the use of the confidential information which was given to the defendant company.” (Hervorhebung von mir.)<sup>1700</sup>

An anderer Stelle desselben Votums heißt es :

“It may not be a case for an injunction or even for an account, but only for damages, depending on the worth of the confidential information to him in

---

<sup>1699</sup> S. o. B. VI.

<sup>1700</sup> [1967] 2 All E. R. 415 [419], CA.

saving him time and trouble” (Hervorhebung von mir; mit „him“ ist der Verletzer gemeint).<sup>1701</sup>

In dem Bericht der Law Commission über den Rechtszustand bezüglich „Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages“ wird *Seager v. Copydex* auf Grund des letzteren Zitats als Beleg dafür angeführt, dass die angemessene Vergütung „restitutionary damages“ darstelle.<sup>1702</sup> In anderen Entscheidungen, namentlich in dem Votum von *Lord Wilberforce* in der *General Tire*-Entscheidung, wird eine Abweichung von der „conception of loss“ dagegen ausdrücklich abgelehnt.<sup>1703</sup>

Etwas anders liegt es bei der „notional royalty“. Sie wird auf das „principle of price or for hire“ (auch „user principle“) gestützt und bemisst sich nach den Aufwendungen, die der Verletzer erspart hat. Auch hier haben es die Gerichte in der Regel vermieden, auszusprechen, dass die „notional royalty“ sich an dem Vorteil des Verletzers orientiert. Man zog es vor, sie als „other form of compensation“ zu bezeichnen<sup>1704</sup> und in der „misappropriation“ des Rechts einen Schaden des Verletzten zu sehen. 2002 erklärte *Lord Nicholls* jedoch in *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*, einer Entscheidung, die sich auf „conversion damages“ für den Entzug von Sachen bezog, ausdrücklich, Entschädigung sei auf Grund des „user principle“ auch für solche vom Verletzer erzielten Vorteile zu leisten, denen kein Schaden des Verletzten gegenüberstehe:

“Sometimes, when the goods or their equivalent are returned, the owner suffers no financial loss. But the wrongdoer may well have benefited from his temporary use of the owner’s goods. It would not be right that he should be able to keep this benefit. The court may order him to pay damages assessed by reference to the value of the benefit he derived from his wrongdoing. (...) In an appropriate case the court may award damages on this ‘user principle’ in addition to compensation for loss suffered. For instance, if the goods are returned damaged, the court may award damages assessed by reference to the benefit obtained by the wrongdoer as well as the cost of repair.”<sup>1705</sup>

<sup>1701</sup> [1967] 2 All E. R. 415, 417, CA.

<sup>1702</sup> Law Commission: Report no. 247 (1997): „Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages.“ Abschnitt 1.31. Ebenso eine verbreitete Ansicht in der Literatur, s. o. Teil 4 C. II. 2. e) aa).

<sup>1703</sup> S. oben Teil 4 C. II. 2. c) aa).

<sup>1704</sup> So der Court of Appeal in *Blayney v. Clogau*, s. o. Teil 3 C. II. 2. a) bb).

<sup>1705</sup> *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* [2002] UKHL 19, para. 87.

Für die „notional royalty“ wegen der Verletzung „geistigen Eigentums“, die ebenfalls auf dem „user principle“ beruht, müsste konsequenterweise das Gleiche gelten.

## **2. Stellungnahme zum deutschen Recht**

### **a) Kriterien für die Zulassung der Eingriffskondiktion**

Wie eingangs ausgeführt, beruht die Entscheidung über die Zulassung der Eingriffskondiktion für eine bestimmte Tatsachenkonstellation letztlich auf ethischen und wirtschaftspolitischen Überzeugungen. Betont man die ethische Komponente, geht es um die Frage, wem unter welchen Voraussetzungen ein bestimmter Vermögenswert auf Grund seiner vorausgehenden Verdienste „gebührt“. Eine modernere ökonomische Sichtweise betont stärker den Gesichtspunkt der möglichst effizienten Güterverteilung<sup>1706</sup> bzw. die Frage, wie wirtschaftliche Tätigkeitsbereiche, die einem Einzelnen exklusiv zugewiesen sind, von dem Bereich abzugrenzen sind, in dem jeder sich im freien Wettbewerb betätigen kann.

Die Entscheidung über die Zulassung der Eingriffskondiktion ist nicht grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten. Wer die entsprechenden Erkenntnis- und Entscheidungsmöglichkeiten wegen ihrer wettbewerbspolitischen Tragweite allein beim Gesetzgeber ausmacht<sup>1707</sup>, verkennt, dass die vor die Gerichte gelangenden Einzelfälle vielfach wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklungen sowie die zu Grunde liegenden Interessenkonflikte exemplifizieren und verantwortungsvoll handelnde Richter sich dessen sehr wohl bewusst sind. Den Gerichten die Befugnis zur behutsamen Rechtsfortbildung gerade im Bereich des § 812 BGB abzusprechen, wäre zudem bereits deshalb nicht sinnvoll, weil die Auswirkungen der Entscheidungen zum UWG auf den Wettbewerb gar nicht primär auf den Entscheidungen zum Schadensersatz- und Bereicherungsrecht beruhen, sondern auf den Entscheidungen über das Bestehen eines Unterlassungsanspruchs, d. h. auf der Auslegung der tatbestandlichen Voraussetzungen der UWG-Normen. Der imitatorische Wettbewerb wird bereits dann zurückgedrängt, wenn die Aktivität

---

<sup>1706</sup> Ellger, Kap. II, S. 249ff.

<sup>1707</sup> S. die Darstellung der Ansicht von Ellger oben D. IV. 2. b) aa).

unterbunden wird; der Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch verschärft diese Wirkung lediglich.

Die Zulassung der Eingriffskondiktion ist nicht allein von der Rechtswidrigkeit der fraglichen Handlung abhängig zu machen, da diese nicht notwendig mit der Aneignung eines Vermögenswertes einhergehen muss, der gerade dem (welchem?) anderen gebührt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob einer Rechtsposition gerade ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt zukommt. Grundsätzlich hat eine Rechtsposition dann einen Zuweisungsgehalt, wenn dem Anspruchsteller rechtlich sowohl die Möglichkeit zusteht, die fragliche Handlung zu unterbinden, als auch die Möglichkeit, sie gegen Entgelt zu gestatten. Das kann allerdings nicht der einzige Test sein, zumal die Beantwortung dieser Frage wiederum von einer wertenden Entscheidung abhängen kann. Eine allgemein gültige Formel zur Ermittlung des Ergebnisses gibt es nicht. Das ist jedoch keine Schwäche der Zuweisungstheorie, sondern es macht dem Rechtsanwender lediglich bewusst, an welcher Stelle der Subsumtion die erforderliche, rechts- und wirtschaftspolitische Wertung getroffen wird.

Primär ist dabei nach dem Zweck der Normen, die die fragliche Rechtsposition regeln, zu fragen. Zu berücksichtigen sind auch die Auswirkungen, die sich aus einer Haftung für den gutgläubigen und den nicht schuldhaft handelnden Verkehr ergeben. Die Länderberichte zeigen, dass eine Haftung des Gutgläubigen im französischen und englischen Recht in der Regel abgelehnt wird und die deutsche Rechtsprechung lange gezögert hat, das Bereicherungsrecht auf Verletzungen „geistigen Eigentums“ anzuwenden, um gutgläubige Verstöße, die wegen der Immaterialität der Schutzgüter leicht vorkommen können, nicht mit Sanktionen belegen zu müssen. Die Unterschiede sind im Ergebnis gering, da der Sorgfaltsmaßstab in den Rechten, die die Haftung auf schuldhaftes Verhalten beschränken, entsprechend streng angesetzt wird. Immerhin fragt sich, ob es ökonomisch klug war, die Haftung für Verletzungen technischer Schutzrechte, Computerprogramme und Datenbanken auf gutgläubig begangene Verletzungen auszudehnen, da hier ein schwierig zu übersehendes Gewirr von Rechten bestehen kann und ein allgegenwärtiges Haftungsrisiko die wirtschaftliche Aktivität lähmen kann und den Marktzugang für junge Unternehmen ohne große finanzielle Ressourcen erschwert. Letztlich handelt es sich bei der Frage nach der Schutzwürdigkeit des gutgläubigen Verkehrs aber nur um eine weniger bedeutende Teilfrage eines anderen Problems: der Bestimmung des richtigen Maßes an Schutz für diejenigen, die „geistiges Eigentum“ produziert haben. Die Zahl der geschützten Rechtspositionen und die

Bandbreite des Schutzes hat sich in den letzten Jahren enorm erweitert. Der Glaube an die ökonomische Weisheit dieser von der Europäischen Kommission forcierten Entwicklung wird nicht von allen geteilt.<sup>1708</sup> Sie führt zu vielfachen Überlagerungen von Schutzrechten, was zahlreiche Folgeprobleme hervorruft<sup>1709</sup>, erleichtert marktstarken Unternehmen den Zugriff auf Folgemärkte und errichtet Marktzutrittsbarrieren für neue Wettbewerber<sup>1710</sup>. Zu bezweifeln ist auch, dass Besonderheiten der unterschiedlichen Schutzgüter in der Gesetzgebung, die ganz darauf fokussiert scheint, Harmonisierung im Sinne einer Zusammenfassung der strengsten in irgendeiner Rechtsordnung auffindbaren Regeln zu betreiben, genügend bedacht werden. So könnte der Schutz des „klassischen“ Pharmabereichs andere Maßnahmen erfordern als Forschungsgebiete, in denen die Entwicklung besonders dynamisch ist (Biotechnologie) oder durch eine sehr große Zahl von auch einzeln arbeitenden, aber vernetzten Entwicklern vorangetrieben wird (Computerprogramme). Gerade auf diesem Gebiet werden aber immer neue Regelungen erlassen, ohne dass man in der Lage wäre, die ökonomischen Folgen abzuschätzen, und die Arbeit daran wird bislang nicht einmal halbherzig in Angriff genommen.<sup>1711</sup>

Der Rechtsprechung sollte diese Entwicklung nicht noch forcieren. Dies setzt allerdings voraus, dass die Gefahren dieser Entwicklung für den freien Wettbewerb und die allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen von ihr auch erkannt werden. Hier sind in allen untersuchten Rechtsordnungen Defizite zu erkennen. So erklärt sich etwa der geradezu heilige Eifer der französischen Rechtsprechung bei der Bekämpfung „parasitischer“ Nachahmungen und Anlehnungen zwar mit der besonderen Bedeutung, die bekannte Marken und Herkunftsbezeichnungen für die französische Wirtschaft spielen. Die Aussagen in manchen einschlägigen Entscheidungen verallgemeinern jedoch sehr stark und tendieren dahin, den imitatorischen Wettbewerb für grundsätzlich verwerflich zu erklären. So wird etwa die

---

<sup>1708</sup> Vgl. Cornish in Schrickler/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 9ff.; weitgehend Ullrich, ebd. S. 83ff., der fordert, den Schutz technologischer Leistungen (im weiteren ökonomischen, nicht im patentrechtlichen Sinne) ausschließlich an dem Ziel der Förderung der Innovation auszurichten und von dem Gedanken angemessener „Belohnungen“ von Erfindern durch Monopolrenten ganz abzurücken. Hinzuweisen ist auch auf eine kürzlich in den USA geführte, erbitterte Kontroverse um die Verlängerung des Copyright; eine Vielzahl von Experten, unter ihnen zahlreiche Wirtschaftsrechtsprofessoren und mehrere Wirtschaftsnobelpreisträger, sprach sich dagegen aus, s. dazu <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/legal.html>.

<sup>1709</sup> Dazu Kur in Schrickler/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 23ff.

<sup>1710</sup> Dazu Dreier in Schrickler/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 51ff.; Ullrich, ebd. S. 83ff.

<sup>1711</sup> Ullrich kritisiert dies scharf am Beispiel der Biotechnologierichtlinie, s. Schrickler/Dreier/Kur, Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation, S. 83, 111f.

„Ungaro“-Entscheidung (die eine Markenverletzung betraf und hier nicht im Ergebnis kritisiert werden soll) damit begründet, dass jedem Gewerbetreibenden der Vorwurf des „Parasitismus“ zu machen sei, der sich die Initiative und die Bemühungen eines Konkurrenten zunutze mache und, statt seine eigenen kreativen Fähigkeiten einzusetzen, einen anderen nachahme.<sup>1712</sup> Darin liegt eine Verkennung der Umstände, dass die menschliche Kultur und der Fortschritt zum größten Teil auf Nachahmung und Weiterentwicklung von Bekanntem, nicht aber auf der Entwicklung völlig neuer Ideen beruhen, dass imitatorischer Wettbewerb ökonomisch nutzbringend sein kann und dass daher ein Nachahmungsverbot nur ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Das ist den Gerichten offenbar nicht immer hinreichend bewusst, weil sie allzu sehr unter dem Eindruck des Kontrasts zwischen dem im zu entscheidenden Einzelfall Kreativeren oder Arbeit und Geld Investierenden und dem „bloßen Trittbrettfahrer“ stehen. Der britische Gesetzgeber hat sich veranlasst gesehen, den fallrechtlich ausgefertigten Designschutz zurückzudrängen.<sup>1713</sup> Die deutsche Rechtsprechung hat den wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz in den letzten 20 Jahren stark erweitert<sup>1714</sup> und damit den bereits auf dem Markt befindlichen Unternehmen großzügig Neben- und Folgemärkte zugeteilt, ohne dass hierfür eine ökonomische Notwendigkeit ersichtlich wäre. Soweit davon technische (im weitesten Sinne) Produkte betroffen sind, könnte dies zudem die Innovationsfähigkeit der Wirtschaft beeinträchtigen.

In Bezug auf Persönlichkeitsrechte stellen sich andere Fragen. Ihre Behandlung ist nicht primär eine Frage des Verhältnisses zwischen „geistigem Eigentum“ und freiem Wettbewerb in dem Sinne, dass die bereicherungsrechtliche Behandlung Auswirkungen auf Fortschritt und Nutzen der Allgemeinheit hat. Charakteristisch ist vielmehr das Problem des Verhältnisses zwischen den geschützten wirtschaftlichen und ideellen Interessen des Verletzten. Darum ist hier zusätzlich zu der Frage, ob der Verletzte die fragliche Handlung entgeltlich hätte gestatten können, entscheidend, ob und inwieweit gerade er sein Persönlichkeitsrecht zu kommerzialisieren bereit ist. Dieser Gedanke wird in den nachfolgenden Abschnitten anhand von Beispielen präzisiert werden.

---

<sup>1712</sup> S. o. Teil 3 C. V. 2. mit Zitat.

<sup>1713</sup> Dazu – kursorisch – Teil 4 A. I. 1.

<sup>1714</sup> Dazu – kursorisch – Teil 2 A. I. 2.



## b) Angemessene Lizenzgebühr als Maß der Bereicherung

Im englischen Recht werden heute existierende Ansprüche auf den Ersatz der subjektiven Bereicherung des Verletzers in Gestalt der von ihm ersparten Aufwendungen und des von ihm mittels der Verletzung erzielten Gewinns als bereicherungsrechtlich qualifiziert. Gelegentlich wird als „royalty“ auch ein Betrag zwischen den weit auseinander liegenden Vorstellungen der Parteien festgesetzt.

Die letztere Vorgehensweise dürfte der deutschen am ehesten entsprechen. Hier hat man in dem Bestreben, einerseits einen verschuldensunabhängigen Gewinnherausgabeanspruch zu vermeiden und andererseits dem Verletzer die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung unmöglich zu machen, einen vergleichsweise artifiziellen Bereicherungsbegriff entwickelt, bei dem zwischen einem vom Verletzer erlangten Etwas und dem Bereicherungsgegenstand unterschieden wird. Indem das erlangte Etwas in dem nicht gegenständlichen „Gebrauch des Rechts“ gesehen wird, der als solcher nicht wieder herausgegeben werden kann, gelangt man über § 818 Abs. 2 BGB zu einem Anspruch auf Wertersatz. Als Wert sieht die Rechtsprechung den objektiven Verkehrswert an. Kann dieser nicht durch Orientierung an dem üblichen Preis der Nutzung (erhöht wegen eventueller Verletzervorteile) ermittelt werden, wird ein nach Ansicht der Rechtsprechung objektiv angemessener Preis festgesetzt.

Die zuletzt erwähnten Fälle sind solche, in denen die vom Verletzer vorgenommene Handlung auch mit Zustimmung des Rechtsinhabers rechtswidrig bliebe, oder solche, die dadurch gekennzeichnet sind, dass Marktteilnehmer, die das immaterielle Gut so nutzen wollen wie der Verletzer, regelmäßig den Preis, den der Verletzte mindestens fordern müsste, um einen Nutzen aus der Vereinbarung zu ziehen, nicht hätten aufbringen können.<sup>1715</sup> Diese sind insofern problematisch, als der BGH hier seinen Ansatz, die Lizenzgebühr stelle „die Werteinschätzung dar, welche die verkehrsbeteiligten Kreise einem solchen Gebrauch entgegenbringen“<sup>1716</sup>, nicht durchhalten kann. Wenn einem Gut, das es auf dem Markt aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen gar nicht gibt, trotzdem ein Wert zugewiesen wird, dann entspricht dieser gerade nicht der Einschätzung der an dem Gut interessierten Kreise (von „verkehrsbeteiligten Kreisen“ kann gar nicht ge-

<sup>1715</sup> Dazu aus schadensrechtlicher Sicht bereits oben B. V. 3. am Ende und 4.

<sup>1716</sup> Vgl. die Entscheidung „Kunststoffhohlprofil II“, dazu Teil 2 D. IV. 2. a) bb) und cc).

sprochen werden) und stellt daher nicht einen „objektiven Wert“ dar, sondern einen willkürlichen.<sup>1717</sup> Ellger rechtfertigt die Festsetzung eines Entgelts in diesen Fällen damit, dass bei der Aneignung von Gütern, die nicht gegenständlich herausgegeben werden können, die Vertragsfreiheit des Verletzten eben nicht geschützt sei.<sup>1718</sup> Wenn das zutrifft, erfüllt die Eingriffskondiktion in diesen Fällen jedoch gerade nicht die Funktion, die sie Ellger zufolge besitzt: die Güterverteilung ökonomisch sinnvoll zu steuern<sup>1719</sup> und rechtsgrundlose Güterbewegungen zu korrigieren<sup>1720</sup>. Statt dafür zu sorgen, dass der Eingreifer die von ihm erlangten Vorteile, nicht mehr und nicht weniger, herauszugeben hat, schafft sich die Rechtsprechung über den „objektiven Wertbegriff“ aktiv ihre eigene Wirklichkeit. Diese hat weder mit den Wirklichkeiten, die die Parteien sehen, noch mit der irgendwelcher „Verkehrskreise“ etwas zu tun (schon weil letztere gar nicht existieren).<sup>1721</sup> Allein richtig wäre es, den Sachverhalt aus Sicht der Parteien sorgfältig zu erfassen und zu würdigen, was an diesem Sachverhalt tatsächlich, wirtschaftlich und rechtlich das Entscheidende ist. Darum, und nicht aus einem „quasi-vertraglichen“ Verständnis des Bereicherungsrechts heraus<sup>1722</sup>, ist diese Vorgehensweise abzulehnen.

Beispiele hierfür sind die „Messmer Tee II“-Entscheidung<sup>1723</sup> und die „Tchibo-Rolux II“-Entscheidung. Der Kern des Falles ist jeweils, dass a) die Marke des Verletzten beschädigt wird und b) der Verletzer die Werbeaufwendungen erspart, die er hätte tätigen müssen, um beim Publikum das gleiche Ausmaß an positiver Aufmerksamkeit für sein Produkt zu erregen. Diese Gesichtspunkte sollen nun vom „Wesen der fiktiven Lizenz“ (*Teplitzky*) umfasst sein. Damit berücksichtigt man sie jedoch nur mittelbar, und die sich daraus ergebende Gefahr ist, dass die ökonomischen Realitäten, um die es geht, nicht klar erkannt werden und dem Verletzten manchmal zu viel und manchmal zu wenig zugesprochen wird, indem die Lizenzgebühr eher wahllos erhöht wird, wenn eine bekannte Marke betroffen ist.

---

<sup>1717</sup> Dies wird von Ellger, Kap. II § 13 III. 3., S. 335f., auch angesprochen, aber nicht gelöst.

<sup>1718</sup> Ellger, Kap. II § 13 III. 4. c), S. 338f.

<sup>1719</sup> Ellger, Kap. II § 13 I. 2, S. 321.

<sup>1720</sup> Ellger, Kap. II § 13 IV, S. 344.

<sup>1721</sup> Unrichtig bereits Wilburg, S. 133ff., der eine Parallele zu der Möglichkeit des Richters zog, ein Entgelt festzusetzen, wenn die Parteien versäumt haben, eines zu vereinbaren: „Ebenso, wie die Vorstellung des angemessenen Entgelts dazu dienen kann, einen Vertrag zu ergänzen oder auch unter Umständen zu korrigieren, so kann sie auch einen Ausgleichsanspruch gestalten, der ohne Vertrag entsteht.“ Das ist gerade nicht richtig, wenn es um ein „Entgelt“ für eine Handlung geht, die ein vernünftiger Bereicherungsgläubiger niemals gestattet hätte.

<sup>1722</sup> Gegen ein solches quasi-vertragliches Verständnis des Bereicherungsrechts mit Recht Edelman, Kap 4, A 4) (b), S. 130.

<sup>1723</sup> Dazu oben Teil 2 C. II. 2. a) dd).

In dem „Tchibo-Rolax II“-Fall hätte dem Verletzten entweder Ersatz für den ihm zugefügten Imageschaden (s. dazu näher oben B. IV.) oder Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung des Verletzers durch Ersparnis von Werbeaufwendungen zugesprochen werden sollen. Für die Höhe des Bereicherungsanspruchs kann eine Rolle spielen, ob eine Lizenz für eine vergleichbare Marke erhältlich gewesen wäre, typischerweise wird dies aber nicht der Fall sein, und zwar aus den gleichen Gründen wie denjenigen, aus denen der Verletzte dieses verweigert hätte. Dann besteht die Bereicherung in den Kosten, die der Verletzte für eine eigene Werbekampagne zur Erzielung einer entsprechenden Bekanntheit hätte aufwenden müssen.<sup>1724</sup> Ob Lizenzen verkehrsüblich waren oder nicht, hängt jedoch nicht allein von der Praxis des Verletzten ab, sondern auch von der vergleichbarer Wettbewerber. Die Frage unterliegt ebenso wie die Schätzung der Bereicherungshöhe der Beurteilung des Tatgerichts (§ 287 Abs. 2 ZPO).

Entsprechend sind Fälle der mittelbaren Patentverletzung zu lösen. Wenn eine Lizenz für die Herstellung von Hilfsmitteln zur Patentverletzung üblicherweise nicht erteilt wird, kann deren angemessene Höhe auch nicht „objektiv“ bestimmt werden. In diesem Fall kommt nur eine Haftung auf den erzielten Gewinn in Betracht (dazu der nachfolgende Abschnitt III).

Grundsätzlich gelten die gleichen Regeln auch für Persönlichkeitsverletzungen. Darum kann es richtig sein, einem Verletzten, der der konkret vorgenommenen Verwendung seines Bildes nicht zugestimmt hätte, eine Bereicherungslizenz und immateriellen Schadensersatz zuzusprechen. Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist jedoch zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Einzelne darüber entscheidet, ob er sein Persönlichkeitsrecht überhaupt zum Vermögensrecht machen will und welche Art von Verwertungsmöglichkeiten er wahrnimmt. Macht er geltend, ausschließlich in immateriellen Interessen verletzt zu sein, und ist dies glaubhaft, weil er sein Persönlichkeitsrecht bisher gar nicht oder nur in einer völlig anderen Weise verwertet hat, sollte ihm ausschließlich immaterieller Schadensersatz zugesprochen werden, der sich nach anderen Kriterien bemisst, was aber keineswegs heißen muss, dass er niedriger ausfallen muss als eine „angemessene“ Lizenzgebühr. Demgegenüber meinen *Beuthien/Schmölz*, „dass die Frage, ob

---

<sup>1724</sup> Dann ist man auch vor dem Fehlschluss gefeit, im „Messmer Tee II“-Fall scheidet ein Bereicherungsanspruch ganz aus, weil die Lizenzierung der Marke hier auch objektiv rechtswidrig gewesen wäre. Zwar ist es richtig, dass die rechtswidrige Nutzung nicht vom Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts umfasst ist (vgl. die Nachweise bei Dreier, *Kompensation und Prävention*, Kap. 8 II 1. a), S. 259, Fn. 96), rechtswidrig ist aber nur die (von der Rechtsprechung selbst zu ihren eigenen Zwecken erdachte) Lizenz, nicht grundsätzlich die Nutzung des Werbewertes der bekannten Marke durch den Verletzten.

etwas ein Bestandteil der Person oder ein Gegenstand ist, das Güterrecht entscheidet“ und danach „Namen, menschliche Abbilder, eigenpersönliche Daten und das darauf fußende Persönlichkeitsbild sowie sonstige Gegenstände mit nahem Persönlichkeitsbezug keine Bestandteile des lebenden Menschen, also von dessen Persönlichkeit“ seien. Der Inhaber dieser Gegenstände könne „nicht darüber entscheiden, ob sie ein Bestandteil seiner Person oder ein davon abgesonderter Gegenstand sind, sondern nur darüber, ob dieser eigenpersönliche Gegenstand wirtschaftlich verwertet werden darf oder nicht. So würde auch bei sonstigen Gegenständen niemand auf den Gedanken kommen, diese nur deshalb zu Bestandteilen der Person und damit der Persönlichkeit selbst zu erklären und ihnen dadurch den Schutz als materielles Gut zu entziehen, weil der Inhaber sie aus ideellen Gründen unter keinen Umständen verwerten möchte.“<sup>1725</sup> Diese bizarre Gleichsetzung von Name, Bild etc. mit beliebigen Sachen würde die Abschaffung der Rechte am eigenen Bild, am Namen etc. als Persönlichkeitsrechte und ihre Ummünzung in reine Vermögensrechte bedeuten. Das wäre falsch. Die Gewährung eines Bereicherungsanspruchs bedeutet hier nicht, ihnen „Schutz“ als Vermögensrechte zu gewähren. Vielmehr perpetuiert dies die Persönlichkeitsrechtsverletzung im Zivilverfahren, indem etwa bei der ungenehmigten Verwendung eines Fotos einer Frau zur Illustration eines Artikels über Telefonsex die Verletzte im Verfahren taxiert wird, um abzuschätzen, was sie (oder eine vergleichbar attraktive oder prominente Frau) für eine derartige Nutzung ihres Fotos hätte verlangen können.<sup>1726</sup> Zudem verfehlt der Rechtsanwender bei dieser Vorgehensweise die den Fall tatsächlich charakterisierenden Aspekte. Dieses waren in der Telefonsex-Foto-Entscheidung der immaterielle Schaden der Klägerin und möglicherweise ein materieller Schaden in Gestalt eines Rufschadens. Ein weiteres Beispiel dafür, wie die Bemessung einer „objektiv angemessenen“ Lizenzgebühr von den wirklich entscheidenden Gegebenheiten des Falles ablenkt, ist die englische *Nottinghamshire Healthcare*-Entscheidung<sup>1727</sup>. Hier wurde eine objektiv bemessene „royalty“ wegen des Abdrucks eines aus einer Krankenakte gestohlenen Fotos zugesprochen. Ein derartiger Gegenstand ist aber unter keinem denkbaren Gesichtspunkt, auch nicht auf Grund eines Erst-recht-Schlusses<sup>1728</sup>, als vermögenswerter Gegenstand einzustufen, und dies ändert sich nicht dadurch, dass er

---

<sup>1725</sup> Beuthien/Schmölz, S. 43.

<sup>1726</sup> Unrichtig daher OLG München WRP 1995, 744 („Telefonsex-Foto“): Die Klägerin hatte das freizügige Foto zwar selbst aufgenommen und zu Werbezwecken vermarktet, dies ist jedoch qualitativ etwas anderes als die Verwendung des Fotos zur Illustration eines Artikels über Telefonsex.

<sup>1727</sup> Dazu oben Teil 4 C. II. 2. b) cc).

<sup>1728</sup> So aber Beuthien/Schmölz, S. 44f.

unerlaubt kommerzialisiert wird. Die zugesprochene Lizenzgebühr stand, wie der Richter denn auch selbst feststellte, mit dem Kern des Falles (Sanktion eines Diebstahls und der Benutzung des Fotos für die unsachliche Berichterstattung über den geistesgestörten Straftäter und das Krankenhaus) in keinerlei Zusammenhang: „[T]his approach has really only the merit of convenience. ***It is not really related to the nature of the infringement***“ (Hervorhebung von mir). Darum ist er abzulehnen. Die richtige Lösung wäre gewesen, dem Hospital mangels eines Vermögensschadens und mangels einer Beeinträchtigung seiner vermögensrechtlichen Interessen ausschließlich „nominal damages“ zuzusprechen und einen großzügiger – aber nicht an Hand der Lizenzgebühr! – bemessenen Strafschadensersatz festzusetzen.

### **III. Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns**

In allen untersuchten Rechten gibt es Gewinnherausgabeansprüche. Da die Verletzung den Verletzer im Wortsinn „bereichert“, wenn er daraus einen Gewinn zieht, ist es denkbar, dass es sich bei dem Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns um einen Bereicherungsanspruch handelt. Nachfolgend werden zunächst die Ergebnisse der Länderberichte in Bezug auf die Anwendungsbereiche des Gewinnherausgabeanspruchs sowie die jeweils dafür gegebenen Begründungen vergleichend dargestellt (1. und 2.). Anschließend werden daraus Folgerungen gezogen (3.).

#### **1. Gewerblicher Rechtsschutz**

##### **a) Frankreich**

Zu Teil 3 D.

Der Anwendungsbereich des Anspruchs auf Herausgabe des Verletzergewinns ist in Frankreich spezialgesetzlich bestimmt und auf das Urheberrecht begrenzt. Der urheberrechtliche Anspruch setzt eine „faute“ voraus, die allerdings meist aus der objektiven Tatbestandsmäßigkeit gefolgert wird.

Die materielle Begründung des Anspruchs ist umstritten. Der Gedanke, dass der Verletzergewinn dem Verletzten „gebühren“ könnte, wird hier, soweit ersichtlich, nicht vertreten. Zwar wird z. T. eingeräumt, dass es „unmoralisch“ sei, wenn der Verletzer einen erzielten Gewinn behalten dürfe<sup>1729</sup>. Ohne spezialgesetzliche Anordnung gebe es jedoch keine rechtliche Handhabe, den Verletzergewinn abzuschöpfen, so wie auch ein Dieb nicht den Gewinn herausgeben müsse, den er mit einem von gestohlenem Geld gekauften Lotterielos erzielt habe. Daher kreist der Streit um die Rechtsnatur des Gewinnherausgabeanspruchs um die Frage, ob es sich um einen regulären Schadensersatzanspruch handelt oder ob es sich um eine Privatstrafe handelt, soweit der Verletzergewinn den Schaden des Verletzten übersteigt. Der unausgesprochene Konsens zwischen den Vertretern der unterschiedlichen Ansichten lautet, dass ein Verletzergewinn, der den konkreten Schaden des Verletzten übersteigt, nur an diesen herauszugeben sein kann, wenn es sich um eine Privatstrafe handelt.

## **b) Deutschland**

Zu Teil 2 C. II. 3 und D IV. 2.

In Deutschland wird der Gewinnherausgabeanspruch dagegen im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gewährt. Daher setzt er stets mindestens Fahrlässigkeit voraus.

Die Einordnung des Gewinnherausgabeanspruchs in das Schadensrecht wurde bereits als unzutreffend abgelehnt, da der Verletzergewinn nicht stets und nicht einmal typischerweise dem entgangenen Gewinn des Verletzten entspricht und keine nachvollziehbare Begründung dafür ersichtlich ist, dass von der Differenzhypothese abgewichen werden muss und ein normativer Schadensbegriff zu Grunde zu legen ist, der gerade den Verletzergewinn umfasst.<sup>1730</sup> Der Versuch des BGH, in der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ die verschiedenartigen Wurzeln des Anspruchs auf den Verletzergewinn im deutschen Recht zu einer Synthese zusammenzuführen und ihn auf den Ausgleichsgedanken zu stützen, kann daher nicht gelingen.<sup>1731</sup>

---

<sup>1729</sup> Vgl. das Zitat von Pataille oben Teil 3 C. III. 1. b) aa) (1).

<sup>1730</sup> S. o. B. I.

<sup>1731</sup> S. Teil 2 C. II. 3. a) ee) und dazu Teil 5 B. I. 2, Teil 5 B. I. 3. d) bb) und cc).

Bestimmend für den Anspruch auf den Verletzergewinn ist vielmehr allein die von der Rechtsprechung ergänzend angeführte Überlegung, dass der Verletzer die Früchte des geistigen Eigentums des Verletzten gezogen habe: Daher sei er so zu behandeln, als habe er für Rechnung des Verletzten gearbeitet. Diese Argumentation ist auf § 687 Abs. 2 BGB zurückzuführen. Diese Vorschrift erstreckt auf Grund eines aus D. 3,5,5,5 übernommenen Erst-recht-Schlusses die Rechtsfolgen der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag auf Konstellationen, in denen jemand bewusst ein fremdes Geschäft als eigenes geführt hat, ohne dazu berechtigt zu sein.

Nach der Rechtsprechung ist der Anspruch aus § 687 Abs. 2 BGB (auch in anderen Fällen als Verletzungen „geistigen Eigentums“) nicht davon abhängig, dass der Geschäftsherr den Gewinn ohne die Einmischung des Geschäftsführers selbst hätte erzielen können. Gerade dieser letztere Fall ist für den Anspruch auf Herausgabe des Gewinns aus der Verletzung geistigen Eigentums charakteristisch. In dieser Form stellt er daher einen Bereicherungsanspruch dar. Bestimmend ist der Gedanke, dass der Gewinn mit Rechtsgütern des Verletzten erzielt wurde und daher diesem gebührt. Vermögen wird so umverteilt, wie es dem Gericht gerecht erscheint.

Die früher häufig gebrauchte Formel des Reichsgerichts und des BGH, die unter Rechtsverstoß hergestellten Gegenstände seien „Verkörperungen“ des verletzten Rechts, ist eine anschauliche Umschreibung des Gedankens, dass der mit fremdem Gut erwirtschaftete Gewinn dessen „Frucht“ darstellt und deshalb nicht dem Eingreifer gebührt. Diese Vorstellung bestimmte lange Zeit sogar den Anwendungsbereich des Gewinnherausgabeanspruchs mit. Da das Kriterium der Verkörperung wörtlich verstanden wurde, meinte man zunächst, den Gewinnherausgabeanspruch auf die Verletzung marken- und wettbewerbsrechtlich geschützter Positionen nicht ausdehnen zu können, da mit einer Marke gekennzeichnete Produkte nicht als „Verkörperungen“ der Marke angesehen werden könnten, so wie ein patentverletzendes Produkt als „Verkörperung“ des Patents anzusehen sei.<sup>1732</sup> Der Gewinnherausgabeanspruch schien vorauszusetzen, dass der Gewinn quasi organisch aus dem Recht herauswächst, und dies wiederum schien seine Teilbarkeit auszuschließen. Hinzu kam im deutschen Recht möglicherweise der Einfluss des Fruchtrechts des BGB. Dieses kennt eine Aufteilung von Früchten einer Sache oder eines Rechts unter mehreren Prätendenten (z. B. Eigentümer und Besitzer)

---

<sup>1732</sup> Die gleiche Verwirrung tritt heute noch im englischen Recht bei der Frage der Gewährung einer „notional royalty“ auf, vgl. Teil 4 C. II. 2. b) cc).

nur in Ausnahmefällen.<sup>1733</sup> Normalerweise kann derjenige, der Früchte einer Sache oder eines Rechts gezogen hat, die Früchte entweder sämtlich behalten, oder er muss sie sämtlich herausgeben. Im letzteren Fall kann er im Gegenzug lediglich einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen geltend machen (§ 102 BGB). Eine Aufteilung des Gewinns entsprechend dem jeweiligen „Verdienst“ ist dagegen nicht vorgesehen, und zwar auch dann nicht, wenn der Herausgabepflichtige z. B. zum Ertrag eines Feldes durch kluge Anbauweise und harte Arbeit viel beigetragen hat.

Erst später löste sich das Reichsgericht von der bildlichen Vorstellung eines im rechtsverletzenden Gegenstand „verkörperten“ Rechts und erklärte, die Interessenlage bei Marken sei durchaus vergleichbar mit derjenigen bei Patenten. Zwar sei der Gewinn bei der Verletzung von Marken in der Regel nicht ausschließlich auf die Markenverletzung zurückzuführen. Dies sei jedoch kein grundsätzlicher Unterschied zu den anderen Rechten, für die der Gewinnherausgabeanspruch bereits anerkannt sei. Vielmehr müssten bei der Berechnung des herauszugebenden Gewinns bei allen Rechten, auch dem Patentrecht, Abzüge für solche Gewinnanteile gemacht werden, die nicht gerade auf der Rechtsverletzung beruhten. Die gleiche Vorgehensweise sei auch im Markenrecht möglich. Von da an wurde die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gewinnherausgabeanspruchs lediglich davon abhängig gemacht, dass die Interessenlage der Beteiligten bei der Konstellation, auf die der Gewinnherausgabeanspruch ausgedehnt werden sollte, mit derjenigen vergleichbar sei, die in den Fällen bestand, für die der Gewinnherausgabeanspruch bereits anerkannt war. Unklarheiten über den Anwendungsbereich bestehen heute in Grenzbereichen des Wettbewerbsrechts sowie bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, die der Verletzte selbst nicht kommerziell nutzte<sup>1734</sup>.

### c) England

Zu Teil 4 C. II. 2. b) bb) („conversion damages“) und D. („account of profits“)

In England sah das „copyright“-Recht früher vor, dass der Verletzte Sacheigentümer der unter Rechtsverstoß hergestellten Produkte des Verletzers wurde.

---

<sup>1733</sup> Z. B. § 993 Abs. 1 BGB: Unterscheidung zwischen (regulären) Früchten und durch Raubbau erzielten „Übermaßfrüchten“.

<sup>1734</sup> Dazu sogleich nachfolgend 2.



Die Vermarktung der Gegenstände durch den Verletzer stellte daher die „conversion“<sup>1735</sup> dieser Gegenstände dar. Daher konnte der Verletzte unter anderem von dem Verletzer den Verkehrswert der Gegenstände verlangen. Dieser Anspruch auf Zahlung des Verkehrswertes konnte im Einzelfall zu einem Anspruch auf Ersatz in Höhe des erzielten Verkaufspreises abzüglich notwendiger Aufwendungen werden, nämlich dann, wenn der tatsächlich erzielte Verkaufspreis als der Verkehrswert angesehen wurde. Ein Beispiel hierfür ist die Entscheidung *Sutherland v. Caxton*. Alternativ zum Verkehrswert konnte der Verletzte den tatsächlich erzielten Verkaufserlös als „money had and received“ herausverlangen, dies jedoch nur unter der Voraussetzung des „waiver of tort“. Darunter wurde früher die Genehmigung des Verkaufs verstanden, heute besteht über die Bedeutung Verwirrung.

Der Grund dafür, dem Verletzten das Eigentum an den rechtsverletzenden Gegenständen einzuräumen, kann nur gewesen sein, dass man der Ansicht war, diese stünden dem Verletzten zu, weil sie unter Nutzung von dessen „geistigen Eigentum“ hergestellt worden waren.

Unabhängig von den „conversion damages“ entwickelte sich „in equity“ der Anspruch auf den „account of profits“. Er wird manchmal damit begründet, dass der Verletzte den Verletzer wie seinen „agent“ oder „mandatee“ behandeln dürfe, oder damit, dass der Verletzer so zu behandeln sei, als habe er eine Treuepflicht verletzt. Für den Tatbestand „breach of confidence“ mag das zutreffen, in den anderen Fällen besteht ein mit einem Auftrags- oder ein Treuhandverhältnis vergleichbares Verhältnis zwischen den Parteien vor der Rechtsverletzung jedoch gerade nicht. Darum betrifft die Gleichstellung mit einem Beauftragten oder Treuhänder allenfalls die Rechtsfolgen; die eigentliche Begründung für diese Gleichstellung ist woanders zu suchen<sup>1736</sup>. Es kann nur gemutmaßt werden, dass ihr ein ähnlicher Gedanke zu Grunde liegt, wie er in § 687 Abs. 2 BGB und dessen römisch-rechtlicher Wurzel ausgedrückt ist: dass jemand, der ein Geschäft eines anderen führt – was er nur als Beauftragter oder altruistisch handelnder Geschäftsführer ohne Auftrag dürfte –, „erst recht“ denselben Ansprüchen ausgesetzt sein müsse wie ein wirklich als Beauftragter bzw. Geschäftsführer Handelnder.<sup>1737</sup>

---

<sup>1735</sup> S. o. Teil 4 C. I. 1. c).

<sup>1736</sup> Ablehnend auch Edelman, Kap. 3, B. 1) b), S. 83 (allgemein zur Gewinnabschöpfung).

<sup>1737</sup> Vgl. dazu oben Teil 2 C. II. 3. a) bb).

Der Anspruch ist häufig, aber nicht immer, bei Gutgläubigkeit des Verletzers ausgeschlossen.

Der Anspruch wird zum Teil ausdrücklich als vermögensrechtlicher Anspruch in dem Sinne begriffen, dass „commercial or proprietary interests“ betroffen sein müssen.<sup>1738</sup> Er ist jedoch in einigen Fällen auch ausschließlich zur Bestrafung und Abschreckung des Verletzers gewährt worden.<sup>1739</sup> In der Literatur vertritt *Edelman* die Ansicht, er habe (wie alle „disgorgement damages“) stets den Charakter einer Privatstrafe.<sup>1740</sup> Seiner Ansicht nach liegen dem „account“ stets die gleichen Erwägungen zu Grunde wie der zweiten von *Lord Devlin* in *Rookes v. Barnard* gebildeten Kategorie der „exemplary damages“ sowie der Zulassung der Gewährung von „additional damages“ im „copyright“-Recht.<sup>1741</sup> Allerdings unterscheiden „exemplary damages“ sich von „conversion damages“ und dem „account of profits“ dadurch, dass nicht versucht wird, den erzielten Gewinn exakt zu berechnen und abzuschöpfen. Dies liegt daran, dass „exemplary damages“ bzw. „additional damages“ auf einem weiter gefassten gedanklichen Konzept beruhen, wonach ein Delikt sich für den Täter nicht „auszahlen“ soll; dabei ist die Erzielung eines betriebswirtschaftlichen Gewinns nicht der einzige Vorteil, der berücksichtigt wird.

## 2. Persönlichkeitsrechte und vom Verletzten nicht kommerziell genutzte Rechtsgüter

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

Deutschland (Teil 2)	Frankreich (Teil 3)	England (Teil 4)
C. II. 3. f)	C. III. 4.	C. I. 1. d)
C. III.		C. V. 2.
D. IV. 1. a) dd) und b) cc)		C. I. 3. und 4.

<sup>1738</sup> Vgl. das Minderheitsvotum von Lord Hobhouse in *A.-G. v. Blake*, dazu oben Teil 4 D. I. 3.

<sup>1739</sup> Vgl. dazu oben Teil 4 D. I. 3.

<sup>1740</sup> *Edelman*, Kap. 3, B. 1) b), S. 83ff.

<sup>1741</sup> Dazu Teil 4 C. I. 1. d) bzw. e).

Bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen gibt es einen Gewinnherausgabeanspruch in Frankreich nicht.

In Deutschland hat der BGH bisher nur einmal ausdrücklich bestätigt, dass ein Gewinnherausgabeanspruch bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen existiert. Dies betraf einen Fall unerlaubten Merchandisings. Bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch unzutreffende oder die Privatsphäre verletzende Medienberichte, mithin nicht genehmigungsfähige Verletzungen, besteht dagegen nach Ansicht der Rechtsprechung kein Gewinnherausgabeanspruch. Die Gewinnerzielung soll allerdings bei „rücksichtsloser Zwangskommerzialisierung“ fremder Persönlichkeitsrechte – als ein Faktor unter mehreren – für die Höhe der Entschädigung eine Rolle spielen. Die Rechtsprechung ordnet dies als Entschädigung für Nichtvermögensschäden ein und begründet den Anspruch maßgeblich mit der Notwendigkeit der Prävention. In der Literatur wird zum Teil die Ansicht vertreten, der Gewinn könne stets, unabhängig von der grundsätzlichen Gestattungsfähigkeit der vorgenommenen Nutzung, gemäß § 812 oder § 687 Abs. 2 herausverlangt werden.

In England besteht ein Gewinnherausgabeanspruch bei „defamation“ und bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten nicht. Die Gewinnerzielungsabsicht kann jedoch zur Zusprechung von „exemplary damages“ führen. Ob ein Gewinnherausgabeanspruch in den Fällen, in denen Tatbestände des gewerblichen Rechtsschutzes (nach deutschem Verständnis) Persönlichkeitsrechte schützen, geltend gemacht werden kann, ist noch unklar.

In England wurde in einem Fall ein Gewinnherausgabeanspruch wegen „breach of confidence“ gewährt, in dem die fragliche Information nicht kommerziellen Zwecken zu dienen bestimmt war. Der Fall betraf einen ehemaligen Geheimdienstmitarbeiter, der in einem Buch Dienstgeheimnisse enthüllt hatte. In einem weiteren derartigen Fall lagen die Voraussetzungen der „breach of confidence“ wegen Zeitablaufs nicht vor, der Agent hatte jedoch seine vertragliche Verschwiegenheitspflicht verletzt. Hier dehnte das House of Lords in einer als geradezu sensationell empfundenen Entscheidung den Gewinnherausgabeanspruch auf „breach of contract“ aus. Dagegen sprach sich einer der Richter in einem Minderheitsvotum aus: Er verwies darauf, dass der Spion den Gewinn nicht „auf Kosten“ („at the expense“) des Staates erzielt habe, da die verratenen Informationen nicht Vermögensinteressen der Krone betrafen.

### 3. **Stellungnahme zur Begründung des Anspruchs auf den Verletzer- gewinn**

Den Gewinnherausgabeansprüchen in den untersuchten Rechtsordnungen und den Ansprüchen auf Schadensersatz oder Entschädigung unter Berücksichtigung des Verletzergewinns liegen zwei unterschiedliche Erwägungen zu Grunde, die manchmal in Kombination und manchmal gesondert auftreten:

- zum einen die Vorstellung, dass der vom Verletzer gezogene Gewinn dem Verletzten gebührt, weil der Gewinn mit seinem Rechtsgut erzielt wurde und quasi als dessen „Frucht“ anzusehen ist;
- zum anderen der Wunsch, den Verletzer keinen Gewinn aus seinen Aktivitäten ziehen zu lassen, um ihn zu bestrafen sowie um ihm und weiteren potenziellen Verletzern keine ökonomischen Anreize zu geben, fremde Rechte zu verletzen.

Es stellen sich nun die Fragen, ob diese Ansprüche als Bereicherungsansprüche Teil des Vermögensrechts sind oder ob sie den Charakter einer Privatstrafe haben oder beides.

Zum Teil wird die Ansicht vertreten, das Bereicherungsrecht stelle prinzipiell eine „strafrechtliche Gewinnabschöpfung mit zivilrechtlichen Mitteln“ dar, da es maßgeblich von rechtsethischen Erwägungen geprägt sei. Es sei daher stets als Privatstrafe anzusehen.<sup>1742</sup> Dieser Ansicht ist aber nicht zuzustimmen. Zumindest im deutschen Recht ist das Bereicherungsrecht kein dem „normalen“ Recht übergeordnetes Billigkeitsrecht. Vielmehr betrifft es die Zuordnung von Vermögensgütern und beruht auf der Erwägung, dass diejenigen Bestandteile des Beklagtenvermögens diesem genommen und dem Kläger gegeben werden sollen, die letzterem gebühren. Diese Wertung wiederum beruht auf zivilrechtlichen, vermögensrechtlichen Gesichtspunkten: Ein Vermögensvorteil ist der falschen Person zugeflossen, daher wird die Vermögenslage korrigiert. Dabei wird auf die Frage, warum der Verletzergewinn gerade dem Verletzten und nicht irgend jemand anderem oder dem Staat zusteht, eine im wörtlichen Sinne „sachliche“ (da auf den Bereicherungsgegenstand bezogene), auf vermögensrechtliche Gesichtspunkte gestützte Antwort gegeben.<sup>1743</sup>

---

<sup>1742</sup> Peter Müller, § 7 I 1, S. 107.

<sup>1743</sup> Für entscheidend hält dies auch Weinrib, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 1 [2000], No. 1, Article 1.

**a) Subsumtion des Gewinns unter §§ 818 Abs. 1, 99f. und §§ 687 Abs. 2 BGB, 667 möglich?**

Teilt man die Ansicht der deutschen Rechtsprechung, wonach in den hier untersuchten Fällen das Erlangte der Gebrauch der geschützten Rechtsposition ist<sup>1744</sup>, stellt sich die Frage, ob es sich bei den durch den Gebrauch erzielten Erträgen um eine Nutzung des Erlangten handelt, die das Gesetz ausdrücklich zum Umfang des Bereicherungsanspruchs rechnet (§§ 818 Abs. 1, 100, 99 BGB). Bei Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB fragt sich, wann die Gewinnerzielung ein Geschäft des Verletzten ist.

Rechtsfrüchte sind zunächst diejenigen Erträge, die das Recht „seiner Bestimmung gemäß gewährt“ (§ 99 Abs. 2 BGB). Das bedeutet, dass das Recht seinem Inhalt nach unmittelbar auf die Gewinnung der Erträge durch den Rechtsinhaber gerichtet sein muss.<sup>1745</sup> Dies trifft auf die Immaterialgüterrechte zu, soweit Erträge aus der Vermarktung von Produkten gezogen werden, die das Recht oder die Rechtsposition dem Inhaber vorbehält.<sup>1746</sup> Dreier wendet dagegen ein, dass Immaterialgüterrechtsverletzer aus der Verletzung nicht notwendig Erträge erzielen, etwa wenn sie das immaterielle Gut kostenlos im Internet verfügbar machen.<sup>1747</sup> Dem ist aber wiederum entgegenzuhalten, dass es zunächst einmal darauf ankommt, ob das Recht seinem Inhaber (und nicht einem Verletzer) bestimmungsgemäß die Erzielung von Erträgen ermöglicht. Das ist bei „geistigen Eigentumsrechten“ der Fall. Wenn der Verletzer das geschützte Gut kostenlos zugänglich macht, liegt möglicherweise in diesem Einzelfall keine Bereicherung vor, sondern ausschließlich eine Schädigung des Rechtsinhabers. Es handelt sich dabei auch nicht um eine Besonderheit immaterieller Güter, vielmehr liegt der Fall rechtlich genauso, wenn jemand das Land eines Bauern eigenmächtig zur Allmende erklärt.

Mittelbare Frucht i. S. d. § 99 Abs. 3 BGB ist der Lohn für die Überlassung der Sache oder des Rechts an andere zum Gebrauch oder zur Nutzung.<sup>1748</sup> Daher stellt ein Lizenzvertrag über ein Immaterialgüterrecht eine mittelbare Rechtsfrucht

---

<sup>1744</sup> S. o. Teil 2 D. IV. 2. a).

<sup>1745</sup> Staudinger-Dilcher, 13. Bearbeitung 1995, § 99 Rn. 10.

<sup>1746</sup> Staudinger-Dilcher, 13. Bearbeitung 1995, § 99 Rn. 16.

<sup>1747</sup> Dreier, Kap. 10 III. 2. b), S. 378.

<sup>1748</sup> Palandt-Heinrichs § 99 Rn. 4.

dar.<sup>1749</sup> Zum Teil wird allerdings die Ansicht vertreten, Rechtsfrüchte gebührten dem Inhaber des Rechts nicht ohne weiteres, da ihre Ziehung besondere Geschicklichkeit erfordere. Die Sach- und Interessenlage sei daher ganz anders als im Hinblick auf Früchte einer Sache, die § 953 BGB ausdrücklich grundsätzlich dem Eigentümer einer Sache zuweise. Der Grund hierfür sei, dass bei der Ziehung von Sachfrüchten, anders als bei Rechtsfrüchten, der menschliche Beitrag zu der Fruchtziehung ganz untergeordnet sei, während Erzeugnisse und Bestandteile einer Sache „unmittelbar und ohne besonderes Zutun aus der Muttersache hervorgehen, da sie bereits vor der Trennung potenziell in ihr enthalten und darin nach Art und Umfang gewissermaßen gegenständlich vorgebildet sind“<sup>1750</sup>. Diese Betrachtungsweise erscheint aber allzu metaphysisch und lebensfremd: Auch die Ernte von Sachfrüchten setzt meist zielgerichtete, mühevollen Arbeit<sup>1751</sup> und Geschicklichkeit sowie Investitionen voraus, und beides ist auch zur Gewinnung von Bodenschätzen erforderlich, die eine Frucht des Bergwerkseigentums darstellen<sup>1752</sup>. Dies dürfte auch den Verfassern des BGB bekannt gewesen sein. Sie haben von einer Aufteilungsregelung vermutlich aus dem pragmatischen Grund abgesehen, dass die Verteilung von Früchten nach den anteiligen „Beiträgen“ der Stammsache bzw. des Stammrechts einerseits und sonstiger Ertragsfaktoren andererseits erhebliche Probleme bereitet.<sup>1753</sup>

Die Gewinnhaftung des Bereicherungsschuldners hängt davon ab, welche Erträge das verletzte Recht „seiner Bestimmung gemäß“ gewährt.

Bestimmungsgemäß könnten zum einen verkehrsübliche Arten der Ausbeute sein<sup>1754</sup>, was bei Verletzungen „geistigen Eigentums“ Erträge aus nicht genehmigungsfähigen Rechtsverletzungen sowie aus Markenpiraterie ausschließen würde. Die „bestimmungsgemäßen Erträge“ könnten darüber hinaus auf einzelne von mehreren möglichen Nutzungsformen beschränkt sein, und zwar auf diejenigen, für die der Berechtigte sich entschieden hat. Bezogen auf Sachen wird das Beispiel genannt, dass ein Grundstück landwirtschaftlich oder zur Gewinnung von

---

<sup>1749</sup> Staudinger-Dilcher, 13. Bearbeitung 1995, § 99 Rn. 16; Palandt-Heinrichs, § 99 Rn. 4, a. A. Beuthien/Schmölz, S. 49.

<sup>1750</sup> Batsch, S. 74.

<sup>1751</sup> Für die Landwirtschaft vgl. nur 1. Mose 3, 17–19.

<sup>1752</sup> Palandt-Heinrichs § 99 Rn. 3.

<sup>1753</sup> Dazu unten 4. a).

<sup>1754</sup> So MünchKomm-BGB-Holch, § 99 Rn. 4; Palandt-Heinrichs § 99 Rn. 2.

Kies genutzt werden kann. In diesem Sinne wird der Begriff der „(wirtschaftlichen) Bestimmung“ in § 1037 Abs. 2 BGB verwendet.<sup>1755</sup>

Legt man die Ansicht zu Grunde, dass ihrer Art nach nur diejenigen Erträge Früchte i. S. d. § 99 BGB sind, die der Bestimmung entsprechen, die der Berechtigte dem Recht zugewiesen hat, könnte man auch bei „geistigen Eigentumsrechten“ zu dem Ergebnis gelangen, dass eine rechtsverletzende Produktion keine „bestimmungsgemäßen“ Erträge abwirft. Denn zumindest den Inhabern technischer Schutzrechte stehen unterschiedliche Optionen für die Ausbeute offen: So kann der Patentinhaber das Patent nutzen, indem er erfindungsgemäße Produkte produziert und vermarktet, er kann Lizenzen erteilen, oder er kann das Recht zur Blockade nutzen und stattdessen andere Produkte vermarkten, die von den erfindungsgemäßen verdrängt werden würden.

Es stellen sich hier letztlich dieselben Fragen wie bei der Bestimmung des „Zuweisungsgehalts“ des Rechts und auch wie bei der Bestimmung dessen, was ein „Geschäft“ des Rechtsinhabers i. S. d. § 687 Abs. 2 BGB sein kann. Versteht man dieses eher eng, wird man die vom Rechtsinhaber dem Recht zugeteilte wirtschaftliche Bestimmung für entscheidend halten. In diesem Fall könnte somit z. B. ein Patentinhaber, der selbst erfindungsgemäße Gegenstände vermarktet, den gesamten Gewinn abschöpfen, der vom Verletzer aus der Vermarktung erfindungsgemäßer Gegenstände gezogen wurde; hat er das Recht jedoch zur Blockade benutzt oder ausschließlich durch Vergabe von Lizenzen genutzt, müsste er stattdessen konkreten entgangenen Gewinn geltend machen oder den Gebrauchswert (§ 818 Abs. 2 BGB) abschöpfen, um den der Verletzer bereichert wäre. Die Fruchtzuteilungsregelung des Gesetzes beruhte dann letztlich auf einer gesetzlichen Vermutung, dass der Verletzte den Gewinn ohne die Verletzung selbst gezogen hätte. Anders wäre es, wenn man dem Verletzten alle Früchte gewährte, die eine der allgemein verkehrüblichen Nutzungen des Rechts hervorgebracht hat: In diesem Fall käme der Gedanke zum Tragen, dass derartige Erträge, wenn sie schon gezogen werden, dem Rechtsinhaber eher zustehen als dem Verletzer, weil nun einmal der Rechtsinhaber und nicht der Verletzer ursprünglich den wirtschaftlichen Wert geschaffen hat, den dieses Recht darstellt.

---

<sup>1755</sup> Allerdings wird allgemein angenommen, dass der Verstoß des Nießbrauchers gegen ein Verbot zur Veränderung der Bestimmung des Grundstücks nicht dazu führt, dass die verbotswidrige Ausbeute als bestimmungswidrig anzusehen wäre, vgl. statt vieler Staudinger-Dilcher, 13. Bearbeitung 1995, § 99 Rn. 7.

Die Frage nach der Auslegung des Merkmals „bestimmungsgemäße Erträge“ könnte offen bleiben, wenn es sich bei dem Gewinn jedenfalls um einen sonstigen Gebrauchsvorteil im Sinne des § 100 BGB handelte. Zu den Gebrauchsvorteilen zählen aus dem Sachbesitz oder der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit gezogene Vorteile einschließlich derjenigen, die entgegen der Rechtsordnung gezogen werden.<sup>1756</sup> Es kommt nicht darauf an, ob der Berechtigte sie selber hätte ziehen können oder wollen.

Dass bei einer Verletzung eines „geistigen Eigentumsrechts“ derartige Vorteile gezogen werden, lässt sich jedenfalls auf der Grundlage der heute herrschenden Meinung, wonach bei der Verletzung eines derartigen Rechts gerade der Gebrauch des Rechts das Erlangte darstellt, nicht abstreiten. Fraglich und aus dem Wortlaut der Norm selbst heraus nicht zu beantworten ist jedoch, ob der Gebrauchsvorteil ausschließlich in dem Betrag besteht, der für den Gebrauch des Rechts – so es sich um ein marktgängiges Gut handelt – zu entrichten wäre (dann wäre der Gebrauchsvorteil i. S. d. §§ 818 Abs. 1, 100 BGB mit dem Wert des Gebrauchs gemäß § 818 Abs. 2 BGB identisch), oder ob (auch) ein erwirtschafteter Gewinn, d. h. der etwaige Mehrwert herauszugeben ist<sup>1757</sup>. Eindeutige Aussagen in Rechtsprechung und Literatur dazu fehlen: Das Reichsgericht hat den Gebrauchsvorteil als ein Verhalten beschrieben, das sich häufig mit der Ausübung eines Rechts ergibt,<sup>1758</sup> in der Literatur findet sich die Formulierung, Gebrauchsvorteile ergäben sich „aus der Natur der Sache“<sup>1759</sup>. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll etwa der „Renngeprofit aus dem Lauf eines Rennpferdes“ ein Gebrauchsvorteil sein, der Gewinn aus einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung oder Belastung der Sache (*lucrum ex negatione cum re*) dagegen nicht.<sup>1760</sup>

Damit ist festzuhalten, dass selbst die engste Auslegung des Fruchtbegriffs (§ 99) dazu führt, dass zumindest in bestimmten Fällen ein Gewinnherausgabeanspruch besteht, nämlich hinsichtlich Erträgen aus derjenigen wirtschaftlichen Bestimmung des Rechts, die diesem vom Rechtsinhaber selbst zugemessen wurde. Eine weiter gehende Gewinnherausgabepflicht aus §§ 812, 99, 100 sowie 687 Abs. 2 BGB erscheint nach dem Wortlaut dieser Normen möglich, aber nicht zwingend. Zum Teil wird nun die Abschöpfung jedes Gewinns, der durch die Ver-

---

<sup>1756</sup> Staudinger-Dilcher, 13. Bearbeitung 1995, § 100 Rn. 2.

<sup>1757</sup> So MünchKomm-BGB-Lieb § 818 Rn. 23.

<sup>1758</sup> RGZ 118, 266, 268.

<sup>1759</sup> MünchKomm-Holch, § 100 Rn. 2.

<sup>1760</sup> Staudinger-Dilcher, 13. Bearbeitung 1995, § 100 Rn. 2f.



letzung eines Rechtsguts erzielt wird, durch den Inhaber dieses Rechtsguts befürwortet.<sup>1761</sup> Damit wird jedoch vernachlässigt, dass im deutschen Bereicherungsrecht für die Wertung der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Rechtsguts entscheidend ist. Die Vehikel für diese Wertung sind die Merkmale „auf Kosten“ (§ 812 BGB) und „bestimmungsgemäßer Ertrag“ (§ 99 BGB) sowie der Begriff des „Geschäfts“ des Verletzten (§ 687 Abs. 2 BGB). Meines Erachtens spricht viel dafür, den Gewinnherausgabeanspruch zur Förderung von Effizienz und Innovation auf diejenigen Formen der Nutzung zu beschränken, die der Verletzte selbst ausübte.

#### **b) Sonderproblem: Gewinnherausgabeansprüche bei Persönlichkeitsverletzungen**

Ein Beispiel für eine derartige Wertung durch den BGH ist die Beantwortung der Frage, ob dem Erben eines Prominenten nicht nur Abwehransprüche zur Bewahrung seines Andenkens zustehen sollen, sondern auch die exklusive Möglichkeit der wirtschaftlichen Nutzung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen. Der BGH hat sich für letzteres entschieden, weil der wirtschaftliche Wert seines Persönlichkeitsrechts gerade dem Erben zu Gute kommen solle. Zwar führte er auch zur Rechtfertigung an, durch die Vererblichkeit der wirtschaftlichen Bestandteile der Persönlichkeitsrechte solle der Schutz der Persönlichkeitsrechte gewährleistet werden. Dieser könnte jedoch noch effektiver dadurch gewährleistet werden, dass die kommerzielle Nutzung als unzulässige Beeinträchtigung des Andenkens des Verstorbenen bewertet und bei Verletzungen ein Anspruch auf Entschädigung aus Art. 1 i. V. m. 2 GG gewährt wird. Dies hätte jedoch bedingt, auch die kommerzielle Nutzung des Persönlichkeitsrechts durch den Erben verbieten oder ihr zumindest den Schutz der Rechtsordnung versagen zu müssen. Der Erbe stünde dann vor der Wahl, entweder selbst von der kommerziellen Nutzung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen abzusehen und bei Verletzungen immateriellen Schadensersatz geltend zu machen oder das Recht kommerziell zu nutzen, ohne aber die Exklusivität der Nutzung gegen Dritte durchsetzen zu können. Bestimmend für die Entscheidung der Sachfrage durch den BGH war folglich allein, dass er dem Erben diesen Vermögenswert zukommen lassen wollte. Die Wertung mag man bedauern, sie dürfte aber den gesellschaftlichen Verhältnissen ent-

---

<sup>1761</sup> Beuthien/Schmözl, S. 50ff.; Lord Goff of Chieveley/Jones, S. 781.

sprechen und erscheint auch insofern akzeptabel, als dem Prominenten zumindest die Möglichkeit bleibt, durch letztwillige Verfügung Einfluss auf Ob und Wie der Nutzung seines Persönlichkeitsrechts zu nehmen.

Etwas anderes gilt für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die in der konkreten Form nicht genehmigungsfähig sind<sup>1762</sup> oder jedenfalls vom konkreten Rechtsinhaber nicht gestattet worden wären.<sup>1763</sup> Denn wenn das nicht der Fall ist, ist der Gewinn nicht der falschen Person zugeflossen, so dass eine Vermögenslage mittels des Bereicherungsrechts korrigiert werden müsste, sondern der Gewinn dürfte gar nicht existieren. Aus diesem Grund ist es richtig, dass die Rechtsprechung bei nicht genehmigungsfähigen Persönlichkeitsrechtsverletzungen keinen Gewinnherausgabeanspruch gewährt, sondern den Verletzergewinn bei der Festlegung der Entschädigung nach Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG berücksichtigt. Für einen Bereicherungsanspruch ist kein Raum, weil dieser vermögensrechtlich nicht begründbar ist. Durch die Berücksichtigung der Gewinnerzielungsabsicht des Verletzers soll nicht sichergestellt werden, dass Prinzessin *Caroline von Hannover* und ihren Leidensgefährten die Gelder zugeleitet werden, die mit der Erfindung von Interviews mit ihnen und falschen Sensationsnachrichten über sie verdient werden, weil diese ihnen gebühren, sondern man will damit ausschließlich erreichen, dass diese Aktivitäten ersatzlos eingestellt werden. Die Betroffenen werden auch Anstoß daran nehmen, dass die Verletzer an diesen Taten verdienen, aber der Grund für diese Missbilligung ist nicht, dass ihnen der Ertrag eines Bestandteils ihres Vermögens vorenthalten wird. Ihre Missbilligung gründet vielmehr darauf, dass ihr nicht vermögenswertes Recht unbefugt gebraucht wurde. Diese Sicht des Verletzten ist entscheidend, nicht die Sicht des Verletzers.<sup>1764</sup> Wenn dem Verletzten eine Summe in Höhe des Verletzergewinns zugesprochen wird, erhält er diese als Ersatz für einen Nichtvermögensschaden, und soweit dieser überschritten wird, handelt es sich um eine Privatstrafe. Unter praktischen Gesichtspunkten ist die Lösung der Rechtsprechung, wonach die Gewinnerzielung lediglich berücksichtigt wird, zu bevorzugen, denn der Verzicht auf den Versuch der präzisen Ermittlung des erzielten Gewinns erleichtert die Rechtsdurchsetzung für den Kläger und erschwert dem Verletzer gerade die missbilligte Kalkulation, ob sich die Tat für ihn lohnen wird oder nicht.

---

<sup>1762</sup> Für das angloamerikanische Recht ebenso (der allerdings eingeständenermaßen von der deutschen Zuweisungslehre beeinflusste) Weinrib, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 1 [2000], No. 1, Article 1, Abschnitt VI.

<sup>1763</sup> S. dazu bereits C. II. 2. a). A. A. Beuthien/Schmölz, S. 50ff.; für das englische Recht Lord Goff of Chieveley/Jones, S. 781.

<sup>1764</sup> S. zum selben Punkt bereits oben C. II. 2. a).

Auch die in den englischen Entscheidungen *Spycatcher* und *A.-G. v. Blake* zuerkannten Gewinnherausgabeansprüche wegen des Missbrauchs von Informationen, die nicht zur Gewinnerzielung bestimmt waren, stellen sich so als Privatstrafen dar.<sup>1765</sup> Wie *Lord Hobhouse* in seinem Minderheitsvotum in *A.-G. v. Blake* zutreffend ausführte, erzielte der Überläufer *Blake* seinen Gewinn aus der Veröffentlichung seiner Memoiren nicht „auf Kosten“ der britischen Krone. Die Entscheidung bezweckt nicht die Wahrung von deren Vermögensinteressen. Bestimmend waren vielmehr allein die eingangs von Abschnitt C. III. 3. als zweite Erwägung dargestellten Motive. Das Gericht verfolgte ausschließlich den Zweck, die Verräter mit den Mitteln des Privatrechts zu bestrafen.

### c) Einwände gegen Gewinnherausgabeansprüche

Gegen die Annahme eines Gewinnherausgabeanspruchs aus §§ 812, 818 BGB wird allerdings eingewandt, dass aus § 687 BGB der Umkehrschluss gezogen werden müsse, dass ausschließlich bei wissentlichem Handeln des Eingreifers auf den Eingriffserwerb gehaftet werden soll.<sup>1766</sup> Dies ist jedoch nicht zwingend; § 687 Abs. 2 BGB kann ebenso gut auch als *lex specialis* zu § 812 BGB angesehen werden.<sup>1767</sup> Auch § 816 Abs. 1 S. 1 BGB sieht nach überwiegender Auffassung eine Gewinnherausgabe vor, ohne vorsätzliches Verhalten vorauszusetzen.

Weiter wird gegen die Begründung der Gewinnhaftung über § 818 Abs. 1 BGB vorgebracht, herauszugebende Nutzungen müssten aus „erlangten“ Sachen oder Rechten gezogen werden, der Immaterialgüterrechtsverletzer „erlange“ aber nicht das verletzte Recht, sondern lediglich dessen Gebrauch.<sup>1768</sup> Es ist jedoch inkonsequent, zunächst die Verletzung eines Rechts als dessen Gebrauch anzusehen und diesen als im Sinne des Bereicherungsrechts „erlangt“ zu bezeichnen, dann aber die Nutzungen dieses Gebrauchs als nicht herausgabefähig anzusehen, weil das Recht nicht erlangt sei. In einem solchen Fall kann dann für die Pflicht zur Herausgabe der Nutzungen eines Rechts nicht mehr konstitutiv sein, dass derjenige, der diese Nutzungen unberechtigterweise gezogen hat, das Recht innehatte.

<sup>1765</sup> Dazu Teil 4 D. I. 3.

<sup>1766</sup> v. Caemmerer FS Rabel 333, 359 (der ausnahmsweise bei Immaterialgüterrechtsverletzungen fahrlässiges Verhalten genügen lassen will); Beuthien/Schmölz, Persönlichkeitsschutz durch Persönlichkeitsgüterrechte, S. 44ff.; a. A. Reichard AcP 193 [1993] 567.

<sup>1767</sup> Reuter/Martinek, § 15 II 3 b), S. 539.

<sup>1768</sup> Ebert ZIP 2002, 2296, 2298.

Der BGH weist zur Begründung dafür, dass er die Anwendung von §§ 818 Abs. 1, 100 BGB auf den Verletzergewinn ablehnt, darauf hin, dass sich die Ansprüche auf objektiven Wertersatz für den Gebrauch aus § 818 Abs. 2 BGB und auf Ersatz der Nutzungen aus § 818 Abs. 1 BGB überschneiden, und postuliert den Vorrang des ersteren:

„Da der objektive Verkehrswert des Erlangten im Wirtschaftsleben regelmäßig durch den Nutzen bestimmt wird, der mit ihm erwirtschaftet werden kann, kommt neben Wertersatz eine Herausgabe von Nutzungen, die gezogen werden, nachdem die Herausgabe unmöglich geworden ist, nicht in Betracht.“<sup>1769</sup>

Nun ist es richtig, dass der objektive Verkehrswert des Erlangten durch den möglichen Nutzen mit bestimmt wird und die Ansprüche sich daher überschneiden. Anzunehmen, dass der objektive Verkehrswert eine Spielart des Gewinnherausgabeanspruchs darstellt<sup>1770</sup>, ist aber zumindest in der Regel falsch. Dann wäre jeder Arbeitnehmer am Gewinn seines Arbeitgebers beteiligt. Der objektive Verkehrswert wird zumindest dann, wenn er anhand des üblichen Marktpreises (Lizenzgebühr) bestimmt wird, den Betrag der (möglichen) Nutzungen zumindest regelmäßig unterschreiten, denn ein Käufer wird meist nur einen Preis bezahlen, der niedriger ist als die Erträge, die er durch den Gebrauch des Erworbenen erwirtschaften will. Das Argument des BGH erklärt nicht, warum die Überschneidungsproblematik gerade durch den Vorrang des Anspruchs auf objektiven Wertersatz zu lösen sein soll. Es spricht logisch nichts dagegen, Nutzungen zusätzlich zu diesem herauszugeben, soweit sie den objektiven Verkehrswert übersteigen; m. a. W. den objektiven Verkehrswert lediglich auf die Nutzungen anzurechnen.

Damit bleibt zur Begründung der Ablehnung nur der Gedanke, dass der Verletzergewinn zu sehr dem *commodum ex negatione* ähnelt und „zu entfernt“ von der Rechtsverletzung ist: Man erinnere sich an *Patailles* Vergleich zwischen den Erträgen aus geistigem Eigentum und einem Lotteriegewinn, der mit einem mit gestohlenem Geld gekauften Los erzielt wird.<sup>1771</sup> Das bedeutet letztlich, dass man der Ansicht ist, der Beitrag des Verletzers zur Gewinnerzielung sei so erheblich, dass der Gewinn dem Rechtsinhaber eben doch nicht „gebühre“, zumal § 818 Abs. 1,

<sup>1769</sup> BGH GRUR 1991, 396 unter II. 2.

<sup>1770</sup> So Wilburg, s. o. Teil 2 D. IV. 2. b) bb) (2).

<sup>1771</sup> Teil 2 C. III. 1. b) aa) (1).

anders als etwa § 993 BGB, es nicht ermöglicht, zwischen dem bösgläubigen und dem gutgläubigen Verletzer zu differenzieren.

Diese Problematik ist durch die hier vertretene Auffassung, wonach der Gewinnherausgabeanspruch auf die vom Verletzten ausgeübten wirtschaftlichen Nutzungsformen beschränkt ist, bereits teilweise entschärft. Ob die so begrenzte Bereicherungshaftung auf den Gewinn den gutgläubigen Verletzer immer noch zu hart trifft und insgesamt sinnvoll ist, wird sogleich in Abschnitt 4. untersucht, der sich mit der Berechnung des herauszugebenden Gewinns befasst. Diese Frage ist von umso größerem Interesse, als Art. 45 Abs. 2 S. 2 TRIPS und Art. 13 Abs. 2 RL 2004/48/EG die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten vorsieht, einen verschuldensunabhängigen Gewinnherausgabeanspruch einzuführen.

#### **4. Höhe des Verletzergewinns**

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

<b>Deutschland (Teil 2)</b>	<b>Frankreich (Teil 3)</b>	<b>England (Teil 4)</b>
D. IV. 2.	D. III.	D. III.

##### **a) Ermittlung des Beitrags der Rechtsverletzung zum Gewinn**

Den untersuchten Rechten und Rechtspositionen ist gemeinsam, dass der Gewinn nicht ohne Zutun des Verletzers erzielt wird; es bedarf hierzu mehr oder weniger intensiver eigener Anstrengungen des Verletzers, und manchmal wird die von dem Recht oder der Rechtsposition geschützte Information mit weiteren Faktoren kombiniert, um einen Gewinn zu erzielen. Es stellt sich daher die Frage, ob und ggf. wie sonstige Faktoren, die zur Gewinnerzielung beigetragen haben, zu berücksichtigen sind.

Das Hauptkriterium für die Ermittlung des Verletzergewinns ist in allen Rechten die Kausalität, d. h. es wird danach gefragt, inwieweit sich ein vom Verletzer erzielter Gewinn auf die Verletzung zurückführen lässt.

## aa) Berücksichtigung sonstiger Produkte

Ein Beispiel für die Anwendung des Kausalitätskriteriums ist die Beantwortung der Frage nach der Berücksichtigungsfähigkeit sonstiger Produkte, die der Verletzer unter Nutzung der rechtswidrig erlangten Marktstellung mit vermarkten konnte. Die Gerichte aller Länder halten solche Gewinne für berücksichtigungsfähig. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings ist zu fordern, dass die Gerichte eine einzelfallbezogene Kontrolle vornehmen, ob die Einbeziehung der weiteren Produkte vom Zweck der verletzten Norm noch gedeckt wird.<sup>1772</sup> Dabei kann eine Orientierung an dem Umfang des Unterlassungsanspruchs hilfreich sein, dessen Umfang muss sich jedoch nicht notwendigerweise mit dem Kreis der Produkte decken, deren Gewinn herauszugeben ist. Unzulässig sind jedenfalls rein spekulative Mutmaßungen über positive Effekte der Rechtsverletzung für die Marktstellung des Verletzers. Als rein spekulativ ist z. B. die Annahme zu qualifizieren, die Qualität von Dia-Rähmchen könne eine Auswirkung auf die Marktstellung bei Fotoapparaten haben.<sup>1773</sup> Eine Ausrichtung am Schutzzweck der verletzten Norm hätte auch zum (im Ergebnis richtigen) Ausschluss des Gewinnherausgabeanspruchs in dem deutschen Fall „Objektive Schadensberechnung“ führen können, ohne dass es nötig gewesen wäre, dafür auf unhaltbare schadensersatzrechtliche Erwägungen zurückzugreifen.<sup>1774</sup> Zu einer anderen Bewertung hätte die Ausrichtung am Schutzzweck in der Entscheidung „Unikatrahmen“ führen müssen, in der der BGH die Herausgabepflicht nicht auf die Rahmen beschränkte, sondern auch auf die Bilder ausdehnte.<sup>1775</sup> Der Vertrieb der Bilder selbst war legal, und es steht zu vermuten, dass sich dadurch auch die Einnahmen des Klägers erhöhten, so dass der BGH sich hier auch zu seiner eigenen Entscheidung „Objektive Schadensberechnung“ in Widerspruch setzte. Die Werbewirkung der bemalten Rahmen hätte nur insofern berücksichtigt werden dürfen, als die durch sie bewirkte stärkere Verbreitung der unzulässig bearbeiteten Bilder einen Nichtvermögensschaden wegen Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts des Klägers begründete oder verstärkte.

<sup>1772</sup> S. bereits zur spiegelbildlichen Problematik bei der Berechnung des entgangenen Gewinns o. B. II. Für eine Orientierung am Schutzzweck der Norm bereits Haines, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, S. 141ff., allerdings mit lebensfremden Beispielen.

<sup>1773</sup> So aber der BGH in „Dia-Rähmchen II“, s. o. Teil 2 C. II. 3. c) cc) (1).

<sup>1774</sup> Dazu oben Teil 2 C. II. 3. a) dd, C. II. 3. c) cc) (1), C. II. 3. d.

<sup>1775</sup> Zu dieser Entscheidung s. o. Teil 2 C. II. 3. c) cc) (1).

## bb) Gewinnverteilung nach Ertragsfaktoren

Wenn das verletzte Recht sich lediglich auf einen Teil eines komplexen Produkts oder auf ein Verfahren bezieht, wird dem Verletzten lediglich ein Anteil am Gewinn zugesprochen.

### (1) Keine Berücksichtigung der Leistung des Verletzers

Die Berücksichtigung des Beitrags der Arbeits- und Vertriebsleistungen des Verletzers zur Wertschöpfung an Hand von Kausalitätserwägungen wird allerdings abgelehnt. Dies wird damit gerechtfertigt, dass das Produkt das verletzte Recht „verkörpere“ bzw. nur Eigenschaften des Produkts zu einer Gewinnaufteilung führen könnten: Der erfolgreichen Vertriebstätigkeit des Verletzers sei kein Tribut zu zollen.<sup>1776</sup> Offensichtlich widerstrebt es der Rechtsprechung, die Geschäftstüchtigkeit des Verletzers mit einem Gewinnanteil zu belohnen, nachdem er sie nun einmal an einem Objekt bewiesen hat, das nicht seinem rechtmäßigen Zugriff unterlag. Diese Einstellung ist sowohl beim House of Lords in *Sutherland v. Caxton* zu beobachten (Tryptichon-Beispiel)<sup>1777</sup> als auch beim RG und dem BGH. In einer deutschen Entscheidung des RG hatte der Beklagte dem Kläger ein Gemälde billig abgekauft und es restauriert und zu einem hohen Preis weiterverkauft. Der Kläger focht den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung an und erhielt den gesamten Gewinn zugesprochen.<sup>1778</sup> Der Beklagte machte erfolglos geltend, dass der Kläger selbst den Wert des Bildes nie erkannt hätte. Das RG berücksichtigte dies nicht, da es im Rahmen des § 687 Abs. 2 BGB nicht darauf ankomme, ob der Geschäftsherr den Gewinn selbst hätte erzielen können.<sup>1779</sup> Der Beklagte durfte lediglich die für die Restaurierung aufgewandten Kosten – einschließlich eines Entgelts für seine Tätigkeit – vom Erlös absetzen. Der BGH hat in einer Entscheidung nach § 816 Abs. 1 Satz 1 selbst einem gutgläubigen Eingreifer einen Gewinnanteil versagt. Ein Unternehmer hatte gutgläubig gestohlenen Stoff angekauft, gefärbt und weiterverkauft. Er wurde verurteilt, den Gewinn

<sup>1776</sup> Vgl. die Entscheidungen „Gemeinkostenanteil“, dazu oben Teil 2 C. II. 3. c) cc) (1), und *Potton v. Yorkclose*, oben Teil 4 D. III. 2. a).

<sup>1777</sup> Dazu Teil 4 C. II. 2. b) bb).

<sup>1778</sup> RGZ 138, 45.

<sup>1779</sup> Den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB sah es dagegen auf der Basis der damals noch geltenden Vermögensverschiebungslehre (s. dazu Teil 2 D. IV. 1. a) aa)) als nicht gegeben an.

herauszugeben, den er mit dem gefärbten Stoff erzielt hatte, obwohl dem Eigentümer ungefärbter Stoff abhandengekommen war.<sup>1780</sup>

## (2) Unmöglichkeit, Gewinn einzelnen Ertragsfaktoren zuzurechnen

Soweit eine Aufteilung vorgenommen wird, bereitet die Ermittlung des dem Verletzten gebührenden Anteils erhebliche Probleme. Die Rechtsprechung in allen drei Ländern versucht grundsätzlich zu bestimmen, inwieweit die Verletzung kausal für den Gewinn war. Allerdings ist es nicht möglich, den Beitrag, den die Verletzung des Rechts bzw. der Rechtsposition zur Erzielung des Gewinns geleistet hat, präzise zu ermitteln.<sup>1781</sup> Dies beruht auf demselben Grund wie die Unmöglichkeit, zur Ermittlung des entgangenen Gewinns die Produktions-Gemeinkosten anhand des Verursachungsprinzips korrekt den einzelnen Produkten zuzurechnen<sup>1782</sup>: Man kann dies nur anhand von Schlüsselgrößen durchführen, die gedankliche Hilfskonstruktionen darstellen. Auch die bei Produktpatenten und Designs mögliche Orientierung an der Frage, inwieweit die Kaufentscheidung der Kunden auf der Nutzung des verletzten Rechts beruhte, erlaubt nur eine grobe Schätzung. Auch der Vorschlag von *Schulz* und *Jakobs*, festzustellen, welches die Haupt- und welches die Nebensache sei, und den Inhaber des Rechts, das lediglich die „Nebensache“ darstellt, mit einer angemessenen Lizenzgebühr abzufinden, überzeugt nicht. Bei Gegenständen mag diese Feststellung leicht fallen, bei „geistigem Eigentum“ nicht. Unternehmensgewinne will eine Auffassung in der Literatur wegen dieser Schwierigkeiten aus dem Zuweisungsgehalt des verletzten Rechts ausklammern.<sup>1783</sup> Dem wird wiederum entgegengehalten, dass dies nur ein praktischer Gesichtspunkt sei. Außerdem sei lediglich die exakte Berechnung nicht möglich, wegen § 287 ZPO aber auch nicht erforderlich.<sup>1784</sup> Dem entsprechend hat der BGH (im Rahmen der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“) bisher nicht einmal versucht, allgemeingültige Vorgaben für die Aufteilung zu machen; er hat darauf verwiesen, dass der Gewinnanteil geschätzt werden könne.<sup>1785</sup>

---

<sup>1780</sup> BGHZ 29, 157.

<sup>1781</sup> Vgl. die Darstellung der Ansichten von Schulz und Jakobs oben Teil 2 D. IV. 2. b) (2).

<sup>1782</sup> S. dazu oben Teil 2 C. II. 1. b).

<sup>1783</sup> S. Teil 2 D. IV. 2 b) bb).

<sup>1784</sup> MünchKomm-Lieb § 818 Rn. 23.

<sup>1785</sup> BGHZ 119, 20 [30f.] („Tchibo-Rolex II“); BGHZ 150, 32 unter C. I. 2. c) (2) (aa) („Unikatrahmen“).



Die praktischen Schwierigkeiten zeigt jedoch das englische Fallmaterial. Hier wird erwogen, den Beitrag der Rechtsverletzung zum Gesamtgewinn dadurch zu bestimmen, dass die damit verbundenen Kosten zu den Gesamtkosten in Beziehung gesetzt werden. Dies erscheint jedoch äußerst fragwürdig, da die Kosten eines Produktionsschritts nicht typischerweise proportional zur verhältnismäßigen Wertschöpfung sind und daher kein auch nur einigermaßen plausibles Maß für die anteilige Ursächlichkeit der Rechtsverletzung für den Gewinn darstellen. In der Tat wurde in *Celanese v. BP* gegen dieses Verfahren eingewandt, dass der verletzende Teil des Herstellungsverfahrens „could be very cheap but add a lot of value, or vice versa“.<sup>1786</sup> *Laddie J* räumte ein, dass dieses Verfahren nicht gut geeignet sei, zwischen wichtigen und trivialen Teilen des Herstellungsprozesses zu unterscheiden, wandte das Verfahren aber trotzdem an, weil Wirtschaftsprüfer üblicherweise so vorgehen.

Genauso unbefriedigend erscheint der Vorschlag, den Gewinn durch die Anzahl der Produktionsschritte zu teilen.

### **(3) Kostenersparnis als Gewinn?**

Alternativ wird vorgeschlagen, den vom Verletzer erzielten Vorteil zu ermitteln, indem seine finanzielle Situation mit derjenigen verglichen wird, in der er wäre, wenn er eine der rechtmäßigen Handlungsalternativen, die sich ihm boten, wahrgenommen hätte.

So wird im englischen Recht erwogen, den Gewinnanteil des Verletzten als diejenige Kostenersparnis anzusehen, die der Verletzer erzielt hat, indem er das verletzte Recht nutzte und nicht eine legale Alternative („incremental approach“). Die deutsche Literatur befürwortet diesen Ansatz vielfach ebenfalls, z. T. allerdings nur unter der Voraussetzung, dass der Verletzer gutgläubig war: Dann soll § 818 Abs. 3 BGB diese Berechnungsweise gebieten, da danach das Vermögen des Bereicherungsschuldners keinesfalls über den tatsächlichen und ihm noch verbliebenen Betrag seiner Bereicherung hinaus vermindert werden soll.

In England werden ausschließlich Alternativen betrachtet, die zur Herstellung desselben Produkts geführt hätten. In Deutschland konzentriert sich die Debatte

---

<sup>1786</sup> *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.* [1999] R. P. C. 203, 232.

um das rechtmäßige Alternativverhalten dagegen auf die Frage, ob der Verletzer einwenden kann, dass er eine Lizenz vom Verletzten hätte erwerben können. Teile der deutschen Literatur gestatten dem gutgläubigen Verletzer darüber hinaus sogar den Einwand, dass er seine Betriebsmittel hätte einsetzen können, um andere Produkte herzustellen und damit Gewinn zu erzielen.

Das Verfahren führt zur Gewährung eines Anspruchs, wenn der Verletzer einen Kostenvorteil, aber keinen Nettogewinn erzielt hat. Diese Konsequenz wird bisher sowohl von der englischen als auch von der deutschen Rechtsprechung abgelehnt, da dies keine Gewinnabschöpfung mehr darstelle, sondern in die Vermögenssubstanz des Verletzers eingreife. Umgekehrt führt das Verfahren nicht zu einem Anspruch, wenn der Verletzer zwar einen Gewinn, aber keine Kostenersparnis erzielt hat.

Diese Vorgehensweise kehrt zurück zum Kausalitätsprinzip, indem sie den „Gewinn“ als kausal durch die Rechtsverletzung bedingten (Kosten-)Vorteil definiert. Sie berücksichtigt jedoch nicht, ob das verletzte Recht tatsächlich zu der im Betrieb des Verletzers geschaffenen, im Endprodukt verkörperten Wertschöpfung beigetragen hat. Die Rechtsverletzung wird bewertet, ohne dass es für die Bewertung auf den ihr zuzurechnenden Beitrag zur Gewinnerzielung ankäme. Es wird folglich so lediglich das angemessene Entgelt (s. o. C. II.) ermittelt, das mit dem Gewinn nur in Ausnahmefällen identisch ist.

## **b) Vom Umsatz abzuziehende Kosten**

Große praktische Bedeutung hat die Frage, ob von dem erzielten Erlös ein Anteil an den Gemeinkosten des Verletzers abgesetzt werden darf.

Früher wurde diese Frage vom BGH bejaht. Diese Ansicht hat er 2001 mit der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ aufgegeben. Nunmehr sind grundsätzlich nur noch die variablen Kosten der rechtsverletzenden Produktion absetzbar. Damit wird die Hinwendung zur relativen Deckungsbeitragsrechnung bei der Berechnung des entgangenen Gewinns<sup>1787</sup> spiegelbildlich auch für die Berechnung des Verletzergewinns vollzogen.

---

<sup>1787</sup> Vgl. dazu oben B. III.

Französische Entscheidungen, die für diese Frage zum Vergleich herangezogen werden könnten, sind mir nicht bekannt. Im englischen Recht wird die Frage kontrovers diskutiert.<sup>1788</sup> Besonders instruktiv im Hinblick auf das Für und Wider ist die australische Entscheidung *Dart v. Décor*. Die Mehrheit des Gerichts entschied zwar zu Gunsten der harten Linie, meinte jedoch, dass Fixkosten zumindest dann abzugsfähig seien, wenn der Verletzer die Möglichkeit, anstelle der verletzenden Produktion ein anderes Produkt herzustellen, aufgegeben habe, um die verletzende Produktion aufzunehmen. In *Celanese v. BP* wurden alle Gemeinkosten, die auch der patentverletzenden Produktion zugute gekommen waren, dieser anteilig zugerechnet; *Laddie J* hielt dies für geboten, da anderenfalls mehr als die tatsächliche Bereicherung des Verletzers herausgegeben werden müsse.

### c) Zinsen und sonstige Vorteile

Im deutschen Recht werden die schärferen Rechtsfolgen der §§ 687 Abs. 1, 666–669 BGB von der Rechtsprechung auch gegenüber vorsätzlich handelnden Verletzern nicht angewandt. Bei einer direkten Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB wäre der Anspruch auf Zinsen für die Nutzung des herauszugebenden Betrages und auf gezogene Nutzungen (§ 100) und Ersatzwerte aus Folgegeschäften zu erstrecken. Obwohl in der Literatur vertreten wird, dass § 687 Abs. 2 BGB auf vorsätzliche Rechtsverletzungen direkt anwendbar sei, ist mir kein Fall bekannt, in dem ein Gericht diese Vorschriften angewandt hätte. Vielmehr scheint sie die direkte Anwendung von § 687 Abs. 2 BGB auch gegen vorsätzliche Verletzer mit der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“ ersetzt zu haben.<sup>1789</sup>

Im englischen Recht hat sich *Millett J in Potton v. Yorkclose* dafür ausgesprochen, sogar „unrealised profits“ zu berücksichtigen. Das dürfte aber dem Prinzip widersprechen, dass nur tatsächlich erzielte Gewinne herauszugeben sind.<sup>1790</sup> Für den Tatbestand der „breach of confidence“ gibt es in der englischen Literatur Überlegungen, ob der „account of profits“ durch die „proprietary remedy“ eines „constructive trust“ zu ersetzen, was zu einer Erstreckung des Anspruchs auf Surrogate führen würde.<sup>1791</sup>

<sup>1788</sup> Vgl. oben Teil 4 D. III. 4.

<sup>1789</sup> S. o. Teil 2 C. II. 3. d).

<sup>1790</sup> Bently EIPR 1990, 106, 108.

<sup>1791</sup> S. o. Teil 4 D. II. 5. a); Law Commission: Report no. 247 (1997): „Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages.“, Abschnitt 1.32.

#### d) **Stellungnahme zum deutschen Recht und Art. 13 Abs. 2 RL 2004/48/EG**

Die Berechnung des Verletzergewinns bereitet große Schwierigkeiten. Einen Teil der Probleme lässt der BGH unbeachtet, indem er die Geschäftstüchtigkeit des Verletzers nicht als berücksichtigungsfähigen Ertragsfaktor behandelt. Dies ist abzulehnen; ihr kann zwar im Einzelfall ein geringes Gewicht zukommen; sie aber grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, ist weder aus ökonomischer Sicht sinnvoll noch aus vermögensrechtlicher Sicht vernünftig begründbar<sup>1792</sup>; es geschieht zur Bestrafung des Eingreifers.

Soweit weitere Ertragsfaktoren berücksichtigt werden müssen, erregt ein erhebliches Unbehagen der Umstand, dass eine verhältnismäßige Zurechnung des Gewinns auf mehrere Faktoren logisch unmöglich ist<sup>1793</sup> und die bisher in der Praxis diskutierten Verfahren zu sehr weit auseinanderliegenden Ergebnissen führen. Anders als in sonstigen Fällen, in denen die Anspruchshöhe geschätzt werden muss, besteht bereits keine Einigkeit darüber, was geschätzt werden soll. Damit wohnt den Entscheidungen notwendig ein starkes Element der Willkür inne. Dies wirft Zweifel daran auf, ob solche „Schätzungen“ mit § 287 Abs. 2 ZPO vereinbar sind, der die analoge Anwendung von § 287 Abs. 1 ZPO auf Bereicherungsforderungen nur erlaubt, wenn „die vollständige Aufklärung aller [für die Höhe einer streitigen Forderung] maßgeblichen Umstände mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen“. Das deckt nicht den Fall, dass die Schwierigkeiten von vornherein logisch nicht lösbar sind und daher nicht einmal der Gegenstand der Schätzung genau beschrieben und Kriterien definiert werden können.

Darüber hinaus besitzt der Gewinnherausgabeanspruch den praktischen Nachteil, dass die Rechtsunsicherheit dazu führt, dass die Vorstellungen der Parteien über ihr Prozessziel regelmäßig extrem weit auseinander liegen werden, was die vergleichsweise Erledigung solcher Rechtsstreitigkeiten erschwert.<sup>1794</sup> Der einzige damit verbundene Vorteil könnte die Abschreckungswirkung sein, die für potenzielle vorsätzlich handelnde Verletzer von dieser Ungewissheit und dem damit einhergehenden Prozessrisiko ausgeht. Die Nachteile treffen bei geschehener Verletzung aber beide Parteien.

---

<sup>1792</sup> Vgl. die Stellungnahme von Medicus (Bürgerliches Recht, Rn. 723) zu BGHZ 29, 157 (gefärbter Stoff, Anspruch aus § 816): Wenn eine Sache über ihrem Wert veräußert werde, sei der Mehrerlös nicht „aus der Sache“ erlangt.

<sup>1793</sup> S. o. Teil 2 D. IV. 2. b) bb) (2).

<sup>1794</sup> Zutreffend Moody-Stewart EIPR 1999, 14, 16.

Soweit eine Aufteilung des Verletzergewinns (aus anderen Gründen als der Berücksichtigung der Arbeit des Verletzers) notwendig ist, erscheint es daher sinnvoll, den herauszugebenden Betrag auf die erzielte Kostenersparnis zu beschränken, die *de lege ferenda* um eine Pauschale erhöht werden könnte, um dem erwirtschafteten Mehrwert Rechnung zu tragen.

Zum Umfang des Anspruchs ist in Bezug auf die abzugsfähigen Kosten folgendes zu bemerken: Die Begründung des BGH für die Nichtabzugsfähigkeit der Gemeinkosten beruht auf seiner Begründung der „Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn“, wonach der Gewinnherausgabeanspruch auf der Fiktion basiert, dass der Verletzte bei Unterbleiben der Verletzung denselben Gewinn erzielt hätte wie ihn der Verletzer tatsächlich erzielt hat. Wenn er nun erklärt, bei Unterbleiben der Verletzung hätte der Verletzte einen entsprechenden Deckungsbeitrag zu seinen Gemeinkosten erzielt, wird zusätzlich fingiert, dass die Kostenstrukturen der Betriebe der Parteien gleich seien. Die Fiktion, dass der Verletzergewinn dem entgangenen Gewinn des Verletzten entspricht, ist jedoch, wie gezeigt, für die meisten Fälle schadensrechtlich nicht begründbar.<sup>1795</sup> Das Argument, der Deckungsbeitrag stehe dem Verletzten zu, weil er ohne die Verletzung einen Deckungsbeitrag zu seinen eigenen Gemeinkosten erzielt hätte<sup>1796</sup>, stellt daher für die meisten Fälle eine falsche Vermischung schadensersatzrechtlicher und bereicherungsrechtlicher Gesichtspunkte dar. Handelt es sich nicht um einen Schadensersatzanspruch, sondern um einen Bereicherungsanspruch, so fragt sich, welche Lösung das Bereicherungsrecht für das Problem bereit hält. Grundsätzlich scheint der Verletzer um den Deckungsbeitrag zu den nicht unmittelbar der verletzenden Produktion zuzurechnenden Kosten insofern „bereichert“ zu sein, als er damit seine sonstigen betrieblichen Aktivitäten (mit) finanziert und so eigene Aufwendungen erspart hat. Die so mit finanzierten betrieblichen Einrichtungen haben jedoch tatsächlich auch zu der Produktion der verletzenden Produkte beigetragen. Daher übersteigt der herauszugebende Betrag bei der Anwendung einer relativen Deckungsbeitragsrechnung den Betrag der Bereicherung. Wegen der Unmöglichkeit, den auf bestimmte Produkte entfallenden Anteil an den Gemeinkosten exakt zu bestimmen<sup>1797</sup>, kann dieser nur geschätzt werden.

---

<sup>1795</sup> B. I. 2 und B. I. 3 d) bb).

<sup>1796</sup> S. o. Teil 2 C. II. 3. c) cc) (2) zu der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“.

<sup>1797</sup> Vgl. Teil 2 C. II. 1. b).

Bei Anwendung der §§ 687 Abs. 2, 684 S. 1 BGB kommt es darauf an, ob der Verletzte durch den Deckungsbeitrag zu sonstigen Aufwendungen bereichert ist. Dies hinge davon ab, wie hoch die variablen Kosten des Verletzten für die verletzende Produktion gewesen wären.<sup>1798</sup>

Somit ist festzustellen, dass die Lösung des BGH weder nach Schadensersatzrecht noch nach Bereicherungsrecht gerechtfertigt ist. Nach Geschäftsführungsrecht, das nur bei Vorsatz anwendbar ist, ist sie nur gerechtfertigt, wenn man unterstellt, dass die Kostenstruktur von Verletzer und Verletztem gleich ist. Im englischen Recht wird vielfach die Ansicht vertreten, dass diese Berechnungsmethode strafenden Charakter hat. Auch deshalb ist ihre Anwendung jedenfalls gegenüber einem lediglich fahrlässig handelnden Verletzer nicht zu rechtfertigen.

Im Hinblick auf vorsätzlich handelnde Verletzer bestehen ungenutzte Möglichkeiten zur Erweiterung des Anspruchsumfanges (s. vorstehend c)). Eine Besinnung auf diese Vorschriften würde freilich (ebenso wie die Ausdehnung der Rechtsfigur des „constructive trust“ auf Verletzungen geistigen Eigentums im englischen Recht) die Verfahren mit weiteren schwierigen Tatsachenermittlungen befrachten. Dennoch erscheint diese Vorgehensweise gegenüber Schadenspauschalen und Privatstrafen, die sich vom konkreten Fall entfernen, im gewerblichen Rechtsschutz vorzugswürdig.

#### **IV. Wegfall der Bereicherung**

Im deutschen Recht ergibt sich noch die weitere Frage, ob die Berufung auf den Wegfall der Bereicherung zugelassen werden soll.<sup>1799</sup> Gesicherte Leitlinien der Rechtsprechung zu dieser Frage fehlen bisher. Die gesetzliche Regelung ist von dem Grundsatz beherrscht, dass der nicht verschärft haftende Verletzer nicht über den Betrag der in seinem Vermögen noch vorhandenen Bereicherung hinaus haften soll. Dies muss auch für den Fall gelten, dass das ursprünglich Erlangte in dem nicht gegenständlichen Gebrauch des immateriellen Guts gesehen wird; mag der

---

<sup>1798</sup> Zutreffend Dreier, Kap. 8 II. 2. b) bb), S. 280f. Dreier will dem abhelfen, indem er dem Verletzten die Genehmigung der rechtsverletzenden Tätigkeit gestattet; diese soll jedoch wiederum nicht zur Legalisierung des Inverkehrbringens der rechtsverletzenden Produkte führen.

<sup>1799</sup> Dazu oben Teil 2 D. IV. 2. a) dd) sowie Teil 2 D. IV. 2. b) aa) und bb) (2).

gutgläubige Verletzer bei Fahrlässigkeit auf den Schaden haften. Die Ansicht, der Wegfall der Bereicherung sei „begrifflich“ ausgeschlossen, weil der einmal erfolgte Gebrauch nicht rückgängig gemacht werden könne, greift zu kurz: Der Gebrauch kann nicht entfallen, wohl aber die Bereicherung, vor allem wenn der Gebrauch nicht Selbstzweck ist, sondern damit das Ziel verfolgt wird, daraus im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit einen Gewinn zu ziehen. Zu erwägen wäre, ob *de lege ferenda* die verschärfte Haftung auf den Verletzer ausgedehnt werden sollte, der die Umstände kennen musste, aus denen sich die Rechtswidrigkeit ergab.





## D. Privatstrafe

### I. Ansprüche mit möglichem Strafcharakter

Bereits die Abgrenzung der Privatstrafe von anderen Rechtsinstituten ist schwierig. Die Grenzen zu Schadensbegriffen, die nicht den Ausgleich konkreter, messbarer Vermögenseinbußen des Geschädigten bezwecken, sowie zum Nichtvermögensschaden, aber auch zu den Bereicherungsansprüchen, besonders gegen verschärft haftende Schuldner, sind fließend. Ich behandle die Privatstrafe gegen Ende meiner Überlegungen, weil ich darunter Geldbeträge verstehe, die an den Verletzten zu entrichten sind und die ausschließlich auf

- spezial- und generalpräventiven Erwägungen und/oder
- dem Gedanken der Sühne

beruhen. Unter Schadensersatzansprüchen verstehe ich dagegen solche Beträge, durch die dem Verletzten – wenn auch in grob geschätzter oder pauschalierter Form – etwas zurückgegeben werden soll, was ihm der Verletzer genommen hat, und unter Bereicherungsansprüchen solche Ansprüche, durch die dem Verletzten gegeben werden soll, was ihm – vermögensrechtlich – gebührt.

#### 1. Anspruch auf eine Lizenzgebühr

Zu der Frage, wann die Gewähr einer Lizenzgebühr schadensersatzrechtlich oder bereicherungsrechtlich zu erklären ist, vgl. B. V. und C. II.

Der im französischen Recht gewährte Verletzerzuschlag auf die Schadensersatzlizenz wird zumindest von den Instanzgerichten ausdrücklich mit spezial- und generalpräventiven Erwägungen gerechtfertigt. Die daneben vorgebrachte Begründung, wonach der Verletzerzuschlag angemessen sein soll, weil der Verletzer „in einer schlechten Verhandlungsposition“ sei, ist nicht schlüssig, da es in sich widersprüchlich ist, wenn man einerseits vorgibt zu ermitteln, 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 lässt.<sup>1800</sup>

<sup>1800</sup> Mousseron/Schmidt D. 1988.350 und D. 1996., som. com. 20, dazu oben Teil 3 C. III. 1. b) bb) (3).

Die Erhöhung lässt sich jedoch zumindest zum Teil mit dem vom französischen Recht nicht erkannten, (auch) bereicherungsrechtlichen Charakter der Lizenzgebühr erklären (dazu ausführlich oben B. V. 3. und 4.). Dies gilt allerdings nicht für die Bereicherung übersteigende Summen; dabei handelt es sich um Strafen. Das gleiche gilt für die deutsche GEMA-Rechtsprechung, wonach die Verwertungsgesellschaft bei der unberechtigten öffentlichen Wiedergabe von Musik das Doppelte ihres einschlägigen Tarifs verlangen kann. Dies ist eine Privatstrafe, da die vor- und nachtatlichen Kosten des Verletzten zur Aufdeckung von Rechtsverletzungen, die diese Verdoppelung rechtfertigen sollen, nicht durch die jeweils geahndete Verletzung verursacht werden.<sup>6</sup> Einer großzügigeren Beurteilung der Kausalitätsfrage steht zudem der praktische Gesichtspunkt entgegen, dass die Rechtsinhaber diese Kosten vernünftigerweise schon auf die Preise umgelegt haben werden, da sie nicht wissen können, wie viele Verletzer sie ertappen werden.

Auch § 54g Abs. 3 UrhG stellt eine Strafe dar, er verfolgt einen speziellen Präventionszweck, da er auf die Erfüllung der Auskunftspflicht hinwirken soll.

## **2. Gewinnherausgabeanspruch**

Ein Gewinnherausgabeanspruch stellt eine Privatstrafe dar, wenn und soweit der Gewinn dem Anspruchsteller nicht vermögensrechtlich zugewiesen ist (dazu C. III. 3.). Der BGH hat sich in der Entscheidung „Gemeinkostenanteil“ ausdrücklich dazu bekannt, mit dem Gewinnherausgabeanspruch auch Sanktionszwecke zu verfolgen.<sup>1802</sup> Eine Legitimation dafür existiert jedoch *de lege lata* nicht.

## **3. „Exemplary damages“ im englischen Recht**

S. Teil 4 C. I. 1. d) und C. V. 2.

Die Privatstrafe ist unter den englischen Juristen umstritten. Sie ist dem House of Lords mehrfach wichtig genug erschienen, um es zur teilweisen Aufgabe des „judicial restraint“ zu bewegen und gegen erheblichen Widerstand auch aus den

<sup>1801</sup> Dreier, Kap. 8 III. 1. und 2, S. 293ff., insbes. S. 307.

<sup>1802</sup> S. Teil 2 C. II. 3. a) ee).

Reihen der Richterschaft rechtsgestaltend aktiv zu werden. Zunächst beschnitt es mit *Rookes v. Barnard* und *Cassell v. Broome* das gewachsene Rechtsinstitut drastisch, weil es – so die damalige Mehrheit – grundsätzlich zu missbilligen sei. Diese Ansicht ist aber immer umstritten geblieben, und heute ist die Mehrheit des House of Lords wieder der Ansicht, Privatstrafen sollten ausgeweitet werden, weil sie positive verhaltenssteuernde Wirkungen hätten. Darum hat sie in *Kuddus* -Entscheidung das Tor für die Zuerkennung von „exemplary damages“ wieder weiter geöffnet, indem die Einfrierung auf den Rechtsstand von 1964 aufgehoben wurde. In einer weiteren Entscheidung äußerten die Richter grundsätzliche Zweifel am Wert einer Differenzierung zwischen Kompensation und Prävention. Damit erscheint eine zukünftige Ausweitung der Privatstrafe – trotz der offenbar reservierten Haltung des Gesetzgebers – denkbar. Dies könnte auch das Recht des „geistigen Eigentums“ betreffen.

#### **4. Entschädigung für immaterielle Schäden durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen nach deutschem Recht**

S. Teil 2 C. II. 5.b) sowie (zur Abgrenzung) vorstehend B. VI.

Die Ähnlichkeit zwischen der Begründung des aus Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG hergeleiteten Entschädigungsanspruchs bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen mit *Lord Devlins* „zweiter Kategorie“ der „exemplary damages“<sup>1803</sup> ist unverkennbar. Sie verfolgt erklärtermaßen Sanktionszwecke, was das Bundesverfassungsgericht auch gebilligt hat.

#### **5. „Additional damages“ im englischen „copyright“-Recht**

S. Teil 4 C. I. 1. e); C. V. 3.

Die Qualifikation der „additional damages“ ist umstritten. Dem Gesetzeswortlaut nach soll das Gericht alle Umstände des Falles berücksichtigen, insbesondere

---

<sup>1803</sup> Zur Entscheidung *Rookes v. Barnard* s. o. Teil 4 C. I. 1. d).

“(a) the flagrancy of the infringement, and (b) any benefit accruing to the defendant by reason of the infringement”. Dass beide Faktoren Ärger und Kränkung des Klägers (und damit seinen immateriellen Schaden) verschlimmern können, aber nicht müssen, und dies vor allem auch nicht als Voraussetzung bezeichnet wird, spricht dafür, die „additional damages“ als Privatstrafen anzusehen.

## **6. Anwendung der Theorie vom Verlust einer Chance im englischen und französischen Recht**

Oben B. I. 3 wurde ausgeführt, dass die Anwendung der Theorie vom Verlust einer Chance, d. h. die Zusprechung eines anteiligen Schadensbetrages in Bezug auf Aufträge, die der Verletzer wahrscheinlich nicht dem Verletzten entzogen hat, entweder als Beweismaßabsenkung oder als Privatstrafe anzusehen ist. Je mehr statt der relativen Wahrscheinlichkeit der Schadensverursachung (die lediglich nicht ganz für die Erfüllung des üblichen Beweismaßes ausreicht) der Gesichtspunkt im Vordergrund steht, dass eine Regelverletzung geahndet werden soll, desto mehr steht der Strafcharakter im Vordergrund. Soweit (auch) vermögensrechtlich begründete Wertungen das Ergebnis stützen, gehören diese in das Bereicherungsrecht.

## **7. Die französische „astreinte“**

S. Teil 2 G.

Eine Privatstrafe ist die französische „astreinte“. Sie weist die Besonderheit auf, dass sie nicht primär auf der Verletzung geschützter Rechtsgüter des Verletzten beruht, sondern darauf, dass die Autorität des Gerichts missachtet wurde. Es erscheint daher unlogisch, dass die „astreinte“ nicht, wie etwa Beträge wegen „contempt of court“ im englischen Recht, an den Staat zu zahlen ist.

## II. Stellungnahme zum deutschen Recht

Der einzige anerkannte Anwendungsbereich der Privatstrafe ist im deutschen Recht die Entschädigung für Nichtvermögensschäden durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Der etablierten Rechtsprechung ist zuzustimmen. Ihr Ansatz hat im Gegensatz zu einem regelrechten Gewinnherausgabeanspruch nicht nur den Vorzug, dogmatisch richtig zu sein, sondern vermeidet auch die dargelegten, beträchtlichen praktischen Schwierigkeiten, die die Ermittlung des Verletzergewinns in sich birgt.

Trotzdem kann das Institut nicht rückhaltlos gebilligt werden. Sowohl in Deutschland als auch in England wird die Forderung erhoben, dass die Beträge, die für Persönlichkeitsrechtsverletzungen zuerkannt werden, in einem angemessenen Verhältnis zu den Beträgen stehen müssen, die bei Personenschäden zuerkannt werden. Diese Forderung lässt zwar unbeachtet, dass dabei Beträge verglichen werden, die nicht vergleichbar sind. Wie das Bundesverfassungsgericht ausgeführt hat, sind bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen die Beträge deshalb so hoch, weil die Gesinnung des Täters verwerflicher ist als die des meist fahrlässigen Körperverletzers, und weil der Präventionszweck, der bei fahrlässigen Delikten kaum eine Rolle spielt, anders nicht verwirklicht werden kann. Dennoch sind die Einwände beachtlich. Denn sie zeigen, dass die Ergebnisse der Rechtsprechung – und seien sie auch noch so logisch begründet – dem Rechtsgefühl vieler Menschen, einschließlich mehrerer Richter des englischen Court of Appeal, widersprechen.<sup>1804</sup> Das wiegt schwer, wenn diese logischen Gründe die Einführung (Deutschland) oder Ausweitung (England) eines Rechtsinstituts mit Ausnahmestatus stützen sollen, das gerade auf ethischen Erwägungen beruht.

Der Sinn einer eventuellen Ausdehnung des Strafschadensersatzes auf weitere Bereiche ist äußerst zweifelhaft. Die Verhängung von Strafschadensersatz bedeutet, dass sonstige denkbare Mechanismen, die Verletzungen verhindern sollten – ökonomische, strafrechtliche, wirtschaftsverwaltungsrechtliche, allgemein zivilrechtliche – versagt haben. Es ist daher nur folgerichtig, dass er in Deutschland bisher ausschließlich im Presserecht für notwendig gehalten wird, denn dort wäre die sonst einzig denkbare präventiv wirkende Maßnahme eine Zensur, die aber nicht stattfinden soll. In anderen Bereichen sollte über Privatstrafen frühestens dann nachgedacht werden, wenn die sonstigen Mittel ausgeschöpft sind. Juristische

---

<sup>1804</sup> Vgl. das Zitat aus der Entscheidung *John v. MGN Ltd.* oben Teil 4 C. V. 2.

Mittel, die Vorrang haben, sind die des allgemeinen Zivilrechts und des Zivilprozessrechts: Zunächst könnte dem Anspruch auf Ersatz des konkreten Schadens mehr Bedeutung eingeräumt werden, indem die neuen Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung in geeigneten Fällen genutzt und den Tatgerichten bei der Schätzung mehr Freiraum eingeräumt wird (dazu A.). In Rufausbeutungsfällen sollte dem „Marktverwirrungsschaden“ (dazu B. IV.) oder – bei bereicherungsrechtlicher Betrachtung – dem Gesichtspunkt der ersparten Aufwendungen mehr Gewicht zugemessen werden (s. o. C. II. 2. b). Möglichkeiten zur Erweiterung des Gewinnerhebungsanspruchs bei vorsätzlichen Verletzungen aus § 687 Abs. 2 BGB bleiben ungenutzt (dazu C. III. 4. c)).

Soweit all diese Möglichkeiten ausgeschöpft werden und dennoch weder nennenswerte auszugleichende Schäden noch abzuschöpfende Bereicherungen ermittelt werden können, stellen sich die Fragen,

- ob überhaupt weiterer Handlungsbedarf besteht,
- ob die gewünschten verhaltenssteuernden Wirkungen durch die Zubilligung gerade von Strafschadensersatz überhaupt erzielt werden können
- und ob die negativen Nebenwirkungen der Privatstrafe nicht überwiegen würden.

Der erste Gesichtspunkt kann hier nur aufgeworfen, nicht beantwortet werden. Meines Erachtens genügt zur Rechtfertigung nicht schon ein positivistischer Ansatz, wonach Handlungsbedarf für sämtliche „geistigen Eigentumsrechte“ bereits auf Grund der in einigen Bereichen zu konstatierenden massenhaften Verletzung der einschlägigen Normen besteht. Der Nachweis, dass die existierenden Regelungen über „geistige Eigentumsrechte“, deren Durchsetzung durch Strafschadensersatz verbessert werden soll, auch wirklich geeignet sind, die Bereitstellung, Verteilung und Nutzung der davon erfassten immateriellen Güter zu optimieren, sodass es ökonomisch sinnvoll ist, sie mit ganz besonderem Nachdruck durchzusetzen, obliegt denjenigen, die für Strafschadensersatz eintreten, und zwar für jedes einzelne immaterielle Schutzgut gesondert.<sup>1805</sup> Insbesondere verdient eine (versuchte) Rechtfertigung des Strafschadensersatzes nicht das Etikett „ökonomisch“, wenn sie die Frage, wie das Verhältnis von Schadensver-

---

<sup>1805</sup> Demgegenüber hält Dreier die unbestreitbar bestehende Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers für hinreichend auch für die ökonomische Rechtfertigung eines Strafzuschlages (Kap. 14 I. 1., S. 503f. und die These 11, S. 614f.), obwohl er in anderem Zusammenhang erwähnt, dass die Ausgestaltung des Schutzes maßgeblich durch erfolgreiche Interessenpolitik beeinflusst wird (Kap. 11 III., S. 439, s. a. Kap. 14 I. 1., S. 504 oben); an wieder anderer Stelle heißt es, die Richtigkeit des Zuschnitts der Ausschließlichkeitsrechte sei für die Zwecke seiner Untersuchung zu unterstellen (Kap. 4 IV. 3., S. 153).

meidungsaufwand einerseits und Schadenskosten andererseits durch Einwirkung auf den Einzelnen gesamtgesellschaftlich optimiert werden könnte, ausklammert.<sup>1806</sup> Carvals Abhandlung zeigt, dass die Privatstrafe für die französische Literatur ein Mittel zur Verfolgung einer protektionistischen Handelspolitik ist.<sup>1807</sup> Zudem liegt dem Begriff des „Parasitismus“ eine ökonomisch wenig reflektierte Vorstellung eines „gesunden“ Wettbewerbs zu Grunde, bei dem niemand auf Leistungen eines anderen aufbaut. Derartige Vorstellungen dem Schutz technischer (im weitesten Sinne) Schutzgüter zu Grunde zu legen, birgt die Gefahr in sich, dass die strengen Regeln zuvörderst im eigenen Land und (über die EU) bei den engsten Handelspartnern die Kräfte der Innovation über Gebühr schwächen. Oben C. II. 2. a) wurde auf Überlegungen von Experten darüber, welches Maß an Schutz zur Förderung der Innovation ideal ist, und auf die Vernachlässigung der Besonderheiten von Systemtechnologien durch die derzeitige Gesetzgebung hingewiesen.

Gegen den Einsatz von Strafschadensersatz als Mittel der Verhaltenssteuerung spricht weiter, dass dabei immer erst reagiert wird, wenn schon viele ähnliche Fälle eingetreten sind, d. h. mit u. U. höchst schädlichem Zeitverzug. Sind es im Produkthaftungsrecht die Gefahren für Leib und Leben der Verbraucher, die dies als schlechte Vorgehensweise erscheinen lassen, ist es im Recht des „geistigen Eigentums“ die Gefahr, dass die Rechtsinhaber andere in ihrer Macht stehende Präventionsmechanismen vernachlässigen und sich weniger auf die intelligente Vermarktung und den Schutz ihrer Produkte gegen illegales Kopieren konzentrieren als auf das Entdecken geschehener Rechtsverletzungen.<sup>1808</sup>

Im Hinblick auf die aufgeworfene zweite Frage ist zu bezweifeln, dass Strafschadensersatz wirklich präventiv wirkt: Zwar mag das Verhalten potenzieller vorsätzlicher und grob fahrlässiger Verletzer „geistigen Eigentums“ grundsätzlich eher rational steuerbar sein als das sonstiger Rechtsbrecher, da erstere gerade zum Zweck der Erzielung eines Vermögensvorteils handeln<sup>1809</sup>, aber sie werden meist doch von der Annahme ausgehen, dass ihr Fehlverhalten nicht entdeckt werden wird. Solange dieses Risiko gering ist, wirkt nur eine sehr hohe Summe

---

<sup>1806</sup> Dies tut Dreier mit der Begründung, dass die Berücksichtigung des Schadensvermeidungsaufwands zu aufwändig und übermäßig kompliziert wäre, s. Kap. 4, III. 2. c) aa), S. 134, Fn. 31.

<sup>1807</sup> S. o. Teil 3 F. II.

<sup>1808</sup> A. A. Dreier, Kap. 14 IV. 3. c), der glaubt, dieser Gefahr mit § 254 BGB und dem Einwand des Rechtsmissbrauchs begegnen zu können.

<sup>1809</sup> Dreier, Kap. 4 III. 2. a), S. 130.

präventiv<sup>1810</sup>; gelingt es dagegen, die Entdeckungswahrscheinlichkeit deutlich zu erhöhen, wird auch kein Strafschadensersatz benötigt.<sup>1811</sup>

Im Hinblick auf den angesprochenen dritten Punkt ist darauf hinzuweisen, dass „punitive damages“ keine „intelligenten Waffen“ sind. Denn selbst wenn es möglich wäre, die für die Abschreckung potenzieller Verletzer ideale Summe zu berechnen<sup>1812</sup>, wären unerwünschte Nebenwirkungen in Gestalt von Wettbewerbsverzerrungen unvermeidbar, da dem Verletzten mit dem Strafschadensersatz ohne sachlichen Grund ein Vorteil im Wettbewerb gewährt wird. Bei der Verletzung immaterieller Interessen durch Persönlichkeitsverletzungen greift dieser Gesichtspunkt nicht ein: Zum einen geht es hier von vornherein nicht um Güter, die es ökonomisch zum Nutzen der Gemeinschaft möglichst effizient einzusetzen gälte, und zum anderen zieht kein Konkurrent des Verletzers Gewinn aus dem Strafschadensersatz.<sup>1813</sup> Des Weiteren ist auch in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass bisher völlig ungeklärt ist, mit welcher Regelung die gesamtwirtschaftlich und -gesellschaftlich optimale Balance zwischen Schadenskosten einerseits und Schadensvermeidungsaufwand erreicht werden könnte.

---

<sup>1810</sup> Die Zuerkennung etwa des doppelten Betrages ist nicht mehr als eine Geste ohnmächtiger Wut der Gerichte, exemplarisch OLG Frankfurt NJW 1999, 2447 (betr. Regulierungsverhalten von Versicherungen), verhaltenssteuernde Wirkung ist damit nicht zu erzielen.

<sup>1811</sup> Inkonsequent erscheint daher der Ansatz Dreiers, der die (zulässigerweise nach geltendem Recht) kumulierbaren Verletzernachteile nicht für ausreichend präventiv hält, weil das Entdeckungsrisiko gering sei (Kap. 4 III. 3., S. 143 mit Fn. 62, gegen Schrickler-Wild § 97 UrhG Rn. 47), dann aber für relativ niedrigen Strafschadensersatz (doppelte Lizenzgebühr) eintritt, ohne dessen Höhe in Beziehung zum Entdeckungsrisiko setzen zu können (Kap. 14 IV. 3. b), S. 545).

<sup>1812</sup> Dies ist schwierig, da man hierfür wissen müsste, wie hoch der Gewinn ist, den sich der Verletzer verspricht. Dreier, Kap. 14 IV. 3. b), S. 544, schlägt vor, feste Betragsgrößen in Abhängigkeit vom tatsächlich eingetretenen Schaden vorzugeben, dies löst aber das Problem nicht, zumal die Entdeckungswahrscheinlichkeit, mit der der Verletzer kalkuliert, immer unbekannt bleibt, s. vorherige Fußnote.

<sup>1813</sup> Dies beachtet Dreier nicht, nach dessen Ansicht sich die Berücksichtigung des Präventionsgedankens bei der Verletzung immaterialgüterrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte „zumindest genauso gut begründen“ lässt wie bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Kap. 14 I. 1 und 2., S. 502ff., bes. S. 507; richtig dagegen noch Kap. 2 II. 5., S. 73 unten).



## E. Gläubigermehrheiten

In Bezug genommene Teile der Länderberichte:

<b>Zur RL (Teil 1)</b>	<b>Deutschland (Teil 2)</b>	<b>Frankreich (Teil 3)</b>	<b>England (Teil 4)</b>
C. I. 2.	G. I.	H. I.	G. I.

Die Regeln in Bezug auf die Behandlung von Gläubigermehrheiten sind bisher nur bruchstückhaft entwickelt. Überwiegend wird einfachen Lizenznehmern bisher ein Klagerecht nicht zugestanden, eine Ausnahme bildet das harmonisierte Markenrecht. Der Vorstoß des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments im Gesetzgebungsverfahren, die in der RL 2004/48/EG vorgesehenen Ansprüche durchgängig auch Lizenznehmern einzuräumen<sup>1814</sup>, wurde in der endgültigen Fassung der Richtlinie mit dem Vorbehalt versehen, dass das jeweils anwendbare Recht dies erlaubt.

Soweit Lizenznehmer klagebefugt sind, stellt sich das praktische Problem der Verteilung etwaiger Ansprüche auf die mehreren Prätendenten. Das Entscheidungsmaterial hierzu ist spärlich. Da Schäden nach den allgemeinen Regeln auszugleichen sind, soweit sie kausal auf der Verletzungshandlung beruhen, hat die Rechtsprechung in allen Ländern Rechtsinhabern die Liquidierung von Schäden verweigert, soweit die Auswertungsmöglichkeiten tatsächlich bei Lizenznehmern lagen, und zwar auch dann, wenn es sich um konzerninterne Lizenzverträge handelte. Die deutsche Rechtsprechung lässt ausnahmsweise die Drittschadensliquidation von Schäden eines Lizenznehmers durch einen Lizenzgeber zu.

Da die RL 2004/48/EG die Klagebefugnis des einfachen Lizenznehmers nicht erweitert, werden Verletzungsklagen in Fällen, in denen einer produzierenden Tochter- oder Schwestergesellschaft nur eine einfache Lizenz erteilt werden kann, zumindest in Frankreich und England weiterhin auf diese Schwierigkeiten stoßen.

Im Hinblick auf die Aufteilung von Beträgen zwischen Rechtsinhaber und Lizenznehmer dürften bisher die einschlägigen Regeln des englischen Trade Mark

<sup>1814</sup> Art. 5 RL-Vorschlag in der Fassung des Änderungsvorschlags des Rechtsausschusses des Parlaments, European Parliament Session Document A5-0468/2003 final.

Act am genauesten durchdacht sein. Er geht allerdings von der strikten Alternativität von „damages“ und „account of profits“ aus, die, wie im nachfolgenden Abschnitt gezeigt werden wird, nicht denkbare Alternativen sind. Es ist aber zuzugeben, dass die Situation bei dem Vorhandensein mehrerer Gläubiger für die Beteiligten und das Gericht schwer überschaubar wäre, wenn die Verletzten auch noch unterschiedliche Ansprüche geltend machen dürften. Das erhöht die Gefahr, dass der Verletzer Positionen, die „zwei Seiten derselben Medaille sind“, und damit doppelt bezahlen muss. Darüber hinaus wird man grundsätzlich davon ausgehen müssen, dass Verletzungsprozesse von einer Mehrzahl von Gläubigern nur mit einem befriedigenden Ergebnis geführt werden können, wenn die Gläubiger den Prozess gemeinsam führen und über die Verteilung der erstrittenen Summe eine vertragliche Einigung treffen.

## F. Konkurrenzen; Mehrere Verletzer

### I. Überblick

In den Länderberichten ergab sich ein buntes Bild hinsichtlich der Kombinierbarkeit der unterschiedlichen denkbaren Zahlungsansprüche. Dies wird im Folgenden noch einmal (vergrößernd<sup>1815</sup>) übersichtsartig dargestellt:

#### Deutschland:

	Entgang. Gewinn	Marktverwirrungs-/ Rufschaden	Rechtsverf.-kosten über §§ 90ff. ZPO hinaus	Angemessene Lizenzgebühr	Herausgabe des Verletzer-gewinns
Entgangener Gewinn	***	Kumulativ	Kumulativ	Alternativ	Alternativ
Marktverwirrungs-, Rufschaden	Kumulativ	***	Kumulativ	Kumulativ	Ungeklärt, s. vorletzte Zeile
Angemessene Lizenzgebühr	Alternativ	Kumulativ (oder: Berücks. des Rufschadens durch Lizenzerhöhung)	Kumulativ	***	Alternativ
Herausgabe des Verletzer-gewinns	Alternativ	Ungeklärt. HM derzeit wohl: alternativ. Aber Anzeichen dafür, dass Rspr. zumindest Marktverwirrungsschaden kumulativ gewähren will, s. Teil 2 C. II. 4. d).		Alternativ	***
Rechtsverfolgungs-kosten über §§ 90ff. ZPO hinaus	Kumulativ	s. vorletzte Zeile	***	Kumulativ	s. Zeile 4

<sup>1815</sup> Insbesondere wird auf mögliche Besonderheiten bei einzelnen Verletzungstatbeständen, insbesondere die besondere Situation bei den Persönlichkeitsrechtsverletzungen, keine Rücksicht genommen.

## Frankreich:

	Entgangener Gewinn	Marktverwirrungs-, Rufschaden	Angemessene Lizenzgebühr (ggf. mit Zuschlag)	Herausgabe des Verletzergewinns	Rechtsverf.-kosten (art. 700 NCPC)
Entgangener Gewinn	***	Kumulativ	Kumulativ, für unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes	Siehe vorletzte Zeile.	Kumulativ zu allem anderen
Marktverwirrungs-, Rufschaden	Kumulativ	***	Kumulativ		
Angemessene Lizenzgebühr (ggf. mit Zuschlag)	Kumulativ, für unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes	Kumulativ	***	Alternativ	
Herausgabe des Verletzergewinns (nur bei Verletzung des „droit d'auteur“)	Der Verletzergewinn ist auf den Schadensersatzanspruch (entgangener Gewinn + sonstiger Schaden + ggf. angemessene Lizenzgebühr) anzurechnen. Den Verletzergewinn übersteigender Schaden ist zu ersetzen. Soweit der Verletzergewinn den Schaden des Verletzten übersteigt, darf er nicht beschlagnahmt und an den Verletzten herausgegeben werden.			***	
Rechtsverfolgungskosten art. 700 NCPC	Kumulativ zu allem anderen				***

## England:

	Entgangener Gewinn	Marktverwirrungs-, Rufschaden	Angemessene Lizenzgebühr	Additional/ Aggravated/ Exemplary damages (sofern anwendbar)	Herausgabe des Verletzergewinns
Entgangener Gewinn	***	Kumulativ	Kumulativ für unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes	Kumulativ	Siehe letzte Zeile.
Marktverwirrungs-, Rufschaden	Kumulativ	***	Kumulativ	Kumulativ	
Additional, aggravated, exemplary damages	Kumulativ	Kumulativ	Kumulativ	Aggravated und exemplary damages kumulativ möglich. Additional damages: Verhältnis zu aggravated und exemplary damages unklar.	
Angemessene Lizenzgebühr	Kumulativ für unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes	Kumulativ	***	Kumulativ	
Herausgabe des Verletzergewinns	Ganz hM: Alternativ; str., ob wegen grundsätzlicher Unvereinbarkeit oder um Überschneidungen auszuschließen Ausnahme früher i. R. der „conversion damages“: wenn Anspruch auf den Verletzergewinn als „conversion damages“ gewährt wird; dann grdsl. kumulativ, jedoch ist Überschneidung im Einzelfall auszuschließen			Alternativ (str, hM)	***

Kostentragung stets im Ermessen des Gerichts, ggf. unterschiedlich für unterschiedliche Teile des Verfahrens.

Auch hinsichtlich der Frage, wann die Erfüllung des Anspruchs auf Schadensersatz, auf Herausgabe des Verletzergewinns oder auf angemessene Lizenzgebühr dazu führt, dass eine Verletzung endgültig erledigt ist und andere Verletzer nicht mehr deswegen in Anspruch genommen werden können, besteht keine Einigkeit.

## **1. Zu Grunde liegende Fragestellungen**

Die Unklarheiten lassen sich im Wesentlichen auf zwei Fragen zurückführen:

**Frage 1:** Sind die Ansprüche auf angemessene Lizenzgebühr und auf Herausgabe des Verletzergewinns jeweils ein Maß für den konkreten entgangenen Gewinn des Verletzten (oder seine Pauschalisierung), oder sind sie ihrem Wesen nach etwas anderes als Schadensersatzansprüche?

**Frage 2:** Schließt die Geltendmachung des Anspruchs auf angemessene Lizenzgebühr oder Herausgabe des Verletzergewinns es dem Wesen dieser Ansprüche nach aus, daneben (sonstigen) Schadensersatz geltend zu machen, oder besteht lediglich eine Gefahr, dass diese Ansprüche und (sonstige) Schadensersatzansprüche sich überschneiden, der durch eine Einzelfallprüfung begegnet werden kann?

Sowohl die Kombinierbarkeit unterschiedlicher Ansprüche als auch der Zeitpunkt, zu dem eine Verletzung durch Erfüllung oder „Erschöpfung“ endgültig erledigt ist, hängen davon ab, wie man diese Fragen beantwortet. Die bestehende Verwirrung rührt daher, dass man sich bisher in allen untersuchten Rechten nicht auf eine Antwort auf diese Fragen hat einigen können.

## **2. Beantwortung der Fragen im französischen Recht**

In Frankreich wird die Lizenzgebühr im Bereich des Schadensersatzes angesiedelt. Hinsichtlich des Verletzergewinns sieht das Gesetz vor, dass der herausgegebene Verletzergewinn auf die Schadensersatzansprüche des Verletzten anzurechnen ist. Das lässt die Frage offen, ob es sich bei dem Anspruch auf den Verletzergewinn selbst auch um einen (pauschalisierten) Schadensersatzanspruch handelt oder um

etwas anderes. Aber aus dem Umstand, dass Streit darüber besteht, ob ein Verletzergewinn, der den nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Vorschriften berechneten Schadensersatz übersteigt, beschlagnahmt und an den Verletzten herausgegeben werden darf, ist zu schließen, dass der Anspruch auf den Verletzergewinn als etwas anderes als ein Schadensersatzanspruch und auch nicht als pauschalisierter Schadensersatzanspruch angesehen wird. Denn anders ist die verneinende Antwort des Kassationshofs auf die Frage nicht zu erklären. Die Stimmen in der Literatur, die den Verletzergewinn stets an den Verletzten herausgeben wollen, sehen den Betrag, der den nach art. 1382ff. C. c. berechneten Schadensersatz übersteigt, nicht als Schadensersatz an, sondern als Privatstrafe.

Für das Nebeneinander der Ansprüche (Frage 2) gilt, dass beide gesondert nach ihren eigenen Regeln für die Gesamtheit der streitgegenständlichen Verletzungshandlungen zu berechnen sind und dann der Verletzergewinn auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen ist.

### 3. Beantwortung der Fragen im englischen Recht

Im englischen Recht ist der Anspruch auf den Verletzergewinn in der Gestalt des „account of profit“ niemals als Schadensersatzanspruch qualifiziert worden.<sup>1816</sup> Der Anspruch auf den Verkehrswert der verletzenden Produkte nach früherem Recht wurde dagegen als „conversion damages“ bezeichnet.<sup>1817</sup> Die Meinung, wonach beides Bereicherungsansprüche sind, ist heute im Vordringen begriffen.

Bei der Lizenzgebühr wird zumindest im Patentrecht deutlich zwischen der Lizenzgebühr als entgangenem Gewinn und der angemessenen Lizenzgebühr nach dem Prinzip „of price or for hire“ unterschieden.<sup>1818</sup> Über deren Einordnung besteht noch keine endgültige Klarheit. In der *Seager v. Copydex* wurde das angemessene Honorar von demselben Richter in derselben Entscheidung einmal als Maß der Bereicherung des Beklagten und einmal als „compensation“ des Klägers bezeichnet; außerdem wurde es mit „conversion damages“ verglichen.<sup>1819</sup> Das Problem ist dabei, dass

---

<sup>1816</sup> Zur Begründung s. Teil 4 D. II.

<sup>1817</sup> Dazu oben Teil 4 C. I. 1. c); Teil 4 C. II. 2. b) bb).

<sup>1818</sup> Dazu oben Teil 4 C. II. 2. a) und b).

<sup>1819</sup> Dazu bereits oben Teil 4 C. II. 2. b) cc) und C. II. 2. c) aa) am Ende; Teil 5 C. II. 1.

- der objektive Wert der geschützten Information („conversion damages“),
- das, was der Kläger wahrscheinlich dafür erhalten hätte, wenn der Beklagte sich um einen Lizenzvertrag bemüht hätte („compensatory damages“),
- die Bereicherung des Beklagten in Form des ersparten Honorars und
- die Bereicherung des Beklagten in Gestalt des aus der Rechtsverletzung gezogenen Gewinns

identisch sein kann (und es in *Seager v. Copydex* vielleicht auch war), dass dies aber nicht in jedem Fall so sein muss. Die Auffassung, dass es sich bei der Lizenzgebühr nicht um eine „other form of compensation“ handelt, sondern um Bereicherungsausgleich, scheint sich allmählich durchzusetzen.<sup>1820</sup>

In Bezug auf Frage 2 gilt, dass „compensatory damages“ und eine Lizenzgebühr für unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes nebeneinander gewährt werden. Hinsichtlich des Verletzergewinns erscheint auch die englische Rechtsprechung zum Teil inkonsistent und widersprüchlich. So schließen sich „damages“ und ein „account of profits“ gegenseitig aus, das gilt aber nicht, wenn der Verletzergewinn als Maß der „conversion damages“ angesehen wird.<sup>1821</sup>

#### 4. Beantwortung der Fragen im deutschen Recht

Im deutschen Recht ist man uneins über die Beantwortung von Frage 1. Selbst die höchstrichterliche Rechtsprechung schwankt zwischen Bejahung und Verneinung der Frage.<sup>1822</sup> Die Qualifizierung der Lizenzgebühr und des Gewinnherausgabeanspruchs als bloße „Schadens**u**berrechnungsmethoden“<sup>1823</sup> dient dazu, schadensrechtliche Argumente zu kontern; Einwänden gegen bestimmte Ausprägungen des Anspruchs auf den Verletzergewinn, die auf die Parallele zu § 687 Abs. 2 BGB oder auf das Bereicherungsrecht gestützt werden, hält man wiederum entgegen, dass man sich im Rahmen des Schadensersatzrechts bewege.

Auch Frage 2 wird uneinheitlich beantwortet. Manchmal werden die „objektiven Schadensberechnungsmethoden“ als (unvollkommenes) Maß des entgangenen

<sup>1820</sup> Vgl. die Auffassung der Law Commission sowie das Votum von Lord Nichols in *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company* (betr. „conversion damages“), oben C. II. 1.

<sup>1821</sup> S. o. Teil 4 G. II. 2 und 3.

<sup>1822</sup> S. Teil 2 C. II. 2. und 3 und dazu Teil 5 B. I. 2 und 3 d); B V.

<sup>1823</sup> Auf den Widersinn dieser Bezeichnung weist auch Dreier hin (Kompensation und Prävention, Kap. 8 II. 3.), S. 288).

Gewinns angesehen, neben dem sonstige Schäden geltend gemacht werden können, manchmal werden sie als eine Art Geschenk an den Kläger begriffen, das mit dem Verzicht auf sonstige Ansprüche quasi bezahlt werden müsse.<sup>1824</sup> Verbreitet ist die Sicht, dass mit der Liquidierung der Lizenzgebühr und des Verletzergewinns die konkludente Genehmigung der betreffenden Verletzungshandlung verbunden sei bzw. der Schaden „erschöpfend“ ausgeglichen werde.<sup>1825</sup>

## **II. Der Anspruch auf den Verletzergewinn**

### **1. Kombinierbarkeit mit anderen Ansprüchen gegen denselben Verletzer**

In einem sind sich alle untersuchten Rechte einig: Es ist nicht zulässig, im Hinblick auf dasselbe Geschäft desselben Verletzers kumulativ Herausgabe des Verletzergewinns und Ersatz des Gewinns, der dem Verletzten durch dieses Geschäft entgangen ist, zu verlangen. Dies erscheint in allen drei Rechten offenbar so selbstverständlich, dass es gar nicht begründet wird. Man versteht den entgangenen Gewinn und den Verletzergewinn als zwei Seiten derselben Medaille.

Nicht mehr einmütig wird dagegen bereits die Frage beantwortet, ob (sonstige) Schadensersatzansprüche und der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ausschließlich alternativ geltend gemacht werden können oder lediglich aufeinander anzurechnen sind.

Im französischen Recht sind der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns und der Schadensersatzanspruch jeweils gesondert nach ihren eigenen Regeln für die Gesamtheit der Streitgegenständlichen Verletzungshandlungen zu berechnen, und der Verletzergewinn ist auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen.<sup>1826</sup> Auf den Gedanken, unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes getrennt zu betrachten und für einen Teil die Herausgabe des Verletzergewinns, für einen anderen Teil die Leistung von Schadensersatz zu verlangen, ist man offenbar noch nie verfallen.

---

<sup>1824</sup> S. Teil 2 C. II. 2. d), 3 d) und 4.

<sup>1825</sup> S. Teil 2 G. II. 2. und 3.

<sup>1826</sup> Teil 3 D.



Im deutschen Recht muss der Verletzte stets für die Gesamtheit der Verletzungshandlungen zwischen Verletzererfolg und entgangenem Gewinn wählen. Ansonsten schwankt man zwischen der Auffassung, dass der Verletzererfolg nur an Stelle des (gesamten, wie auch immer berechneten) Schadensersatzes herausverlangt werden könne, und der Ansicht, dass die Geltendmachung des Anspruchs auf den Verletzererfolg lediglich die Geltendmachung von entgangenem Gewinn ausschließe (weil der Verletzererfolg ausschließlich an die Stelle des entgangenen Gewinns trete).<sup>1827</sup> Die logische Konsequenz der letzteren Auffassung wäre, neben dem Verletzererfolg die Geltendmachung eines entgangenen Gewinns, soweit dieser den Verletzererfolg übersteigt, sowie sonstiger Schadenspositionen (ohne Anrechnung des Verletzererfolgs) zuzulassen.

Im englischen Recht kann der Verletzte für alle streitgegenständlichen Verletzungshandlungen nur einheitlich entweder den Verletzererfolg oder „damages“ verlangen. Es ist ihm nicht gestattet, für einen Teil des Verletzerumsatzes Schadensersatz und für einen anderen Teil Herausgabe des Verletzererfolgs zu verlangen. Als Grund wird manchmal genannt, dass die Ansprüche grundsätzlich „inconsistent“ seien, manchmal, dass das Kumulationsverbot eine Überschneidung der Ansprüche verhindern solle.<sup>1828</sup> In der Entscheidung *Sutherland v. Caxton*, in der der Verletzererfolg nicht als eigenständiger Anspruch behandelt, sondern als Maß des im Rahmen der „conversion damages“ zu ersetzenden Verkehrswertes der verletzenden Artikel angesehen wurde, hielten es der Court of Appeal und das House of Lords dagegen für möglich, eine Überschneidung mit den „compensatory damages“ durch eine Einzelfallprüfung zu verhindern.<sup>1829</sup> Dem Verletzten wurde zusätzlich zu den „infringement damages“ (= „compensatory damages“) ein dem Umfang des Plagiats entsprechender Anteil am Verletzererfolg zugesprochen. Dies rechtfertigen die Gerichte damit, dass die „infringement damages“ und die „conversion damages“ unterschiedliche „wrongs“ betreffen: Die „infringement damages“ sanktionierten die Verletzung des „copyright“ als Immaterialgüterrecht, die „conversion damages“ dagegen die unrechtmäßige Verfügung über die rechtsverletzenden Exemplare, die auf Grund der gesetzlichen Anordnung im Eigentum des Inhabers des verletzten „copyright“ standen. Diese formale Begründung ist jedoch nicht richtig, da der im Rahmen der „conversion damages“ herauszugebende objektive Wert des rechtsverletzenden Produkts stets zumindest teilweise und bei einem Buch sogar zum größten Teil auf

---

<sup>1827</sup> Teil 2 C. II. 3. d).

<sup>1828</sup> Teil 4 F. I.

<sup>1829</sup> Teil F. IV.

der Verwertung des immateriellen Schutzgegenstandes des verletzten Rechts – dem „infringement“ – beruht. Faktisch gewährte das House of Lords hier „infringement damages“ einschließlich entgangenen Gewinns neben der Herausgabe des Verletzergewinns. Dabei wies es den vom erstinstanzlichen Richter erhobenen Einwand, eine Kumulation sei nicht zulässig, mit der Erwägung zurück, man müsse lediglich eine Überschneidung der Ansprüche verhindern. Dies sah es schon für gewährleistet an, wenn man es dem Verletzten verwehre, für denselben Teil des Verletzerumsatzes sowohl entgangenen Gewinn als auch „conversion damages“ zu verlangen.<sup>1830</sup>

Abschließend ist festzustellen, dass der Umstand, dass manche Ansprüche grundsätzlich nur alternativ zu anderen Ansprüchen gewährt werden, nicht auf logischer Notwendigkeit, sondern auf historischen Zufälligkeiten sowie auf dem Umstand beruht, dass man für denselben Teil des Verletzerumsatzes nicht mehrere Ansprüche zugleich zulassen wollte. Die Ansprüche können sich lediglich tatsächlich überschneiden, soweit sie auf denselben Teil des Verletzerumsatzes bezogen gewährt werden. Das Gericht vereinfacht sich allerdings die Tatsachenfeststellung, wenn es unterschiedliche Ansprüche stets nur alternativ gewährt, denn dann braucht es bei der Zubilligung einer Lizenzgebühr oder der Herausgabe des Verletzergewinns keine Feststellung darüber zu treffen, wie viele Artikel der Verletzte zu welchem Preis zusätzlich hätte absetzen können, wenn die Verletzung unterblieben wäre.

## 2. Legalisierungswirkung?

Überwiegend abgelehnt wird in allen Rechten die Auffassung, dass die Auskehrung des Verletzergewinns eine Genehmigung der fraglichen Geschäfte impliziere. Die Abneigung gegen diese (vermeintliche) Konsequenz der bereicherungsrechtlichen Qualifikation des Anspruchs auf den Verletzergewinn mag ein weiterer Grund für das beharrliche Festhalten der deutschen Rechtsprechung an dem Konzept von dem Anspruch auf den Verletzergewinn als „reine Schadensberechnungsmethode“ sein. Allerdings ist auch die englische Rechtsprechung, die den Anspruch nicht als Schadensersatzanspruch ansieht, stets davor zurück-

---

<sup>1830</sup> Falsch dagegen Lewis Trusts v. Bamber Stores, wo in Bezug auf denselben Teil des Verletzerumsatzes eine Lizenzgebühr und der Verletzergewinn gewährt wurde, ohne dass die Lizenzgebühr zumindest auf den Verletzergewinn angerechnet wurde, s. Teil 4 F. IV. und nachfolgend III.

gescheut, die praktischen Konsequenzen aus der Auffassung „if you take an account, you condone the infringement“ zu ziehen und die Zubilligung des Anspruchs auf den Verletzergewinn oder zumindest dessen Befriedigung als rückwirkende Legalisierung des Inverkehrbringens der rechtsverletzenden Artikel anzusehen. In der Tat würde dies vermutlich zum Verschwinden des Gewinnherausgabeanspruchs führen, weil kaum ein Rechtsinhaber ihn mehr wählen würde. Denn für den Verletzten ist es in der Regel von überragender Bedeutung, sicherzustellen, dass die verletzenden Produkte vom Markt verschwinden. Dafür gibt es viele Gründe. Bei der Verletzung technischer Schutzrechte handelt es sich heute häufig um komplizierte Geräte, die gewartet werden können oder müssen und deren Verkauf häufig Folgeverträge auch über spätere Versionen desselben Produkts nach sich zieht. Außerdem ist es wichtig für den Verletzten, die vom Verletzer bedienten Marktanteile (wieder) zu gewinnen, weil eine gute Positionierung im Markt bessere Chancen auf Folge- und Nebengeschäfte beinhaltet.<sup>1831</sup> Im Markenrecht und bei der wettbewerbsrechtlichen Leistungsübernahme schließlich würde die Duldung der verletzenden Gegenstände auf dem Markt dazu führen, dass sich der Umfang des dem Verletzten gewährten Schutzes künftig verringert. Aus all diesen Gründen kommt dem Schadensersatzanspruch neben dem Unterlassungsanspruch meist nur eine zweitrangige Bedeutung zu.<sup>1832</sup>

Wie dargelegt, passt der Gewinnherausgabeanspruch nicht in das Schadensersatzrecht.<sup>1833</sup> Für den bereicherungsrechtlichen oder geschäftsführungsrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch nehmen Teile der deutschen Lehre an, dass er so lange ausscheide, wie der Verletzer den Rechtsmängelgewährleistungsansprüchen seiner Abnehmer ausgesetzt ist, weil er den Gewinn dann noch nicht endgültig „erlangt“ habe. Danach soll eine Parallele zu § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie dem „waiver of tort“ im englischen Recht zu ziehen sein.<sup>1834</sup>

Die Übertragung dieser Regel auf Verletzungen „geistigen Eigentums“ ist jedoch abzulehnen. Sie führt in die Irre, weil eine Regel, die sich auf eine bestimmte Sache oder ein Recht selbst bezieht, nicht ohne weiteres auf eine Sache übertragen werden kann, bei deren Produktion ein Recht verletzt wurde, das weiterhin dem Verletzten zusteht und von diesem weiterhin wirtschaftlich verwertet wird. Durch

---

<sup>1831</sup> S. o. B. II., auch zur notwendigen Prüfung, ob entsprechende Schadensersatzpositionen noch vom Schutzzweck der Norm umfasst sind.

<sup>1832</sup> Bei all diesen Umständen handelt es sich um Aspekte des „Marktverwirrungs“- oder „Rufschadens“, dazu eingehend oben B IV.

<sup>1833</sup> S. o. B. I. 2. und 3. d).

<sup>1834</sup> S. o. Teil 2 G. II. 3.

den Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB wird der Berechtigte für den Substanzwert des Gegenstandes entschädigt, und darum verliert er den Gegenstand, wenn er das Surrogat verlangt. Bei Immaterialgüterrechtsverletzungen stellt der Verletzergewinn bei fortdauernder Präsenz des entsprechenden rechtsverletzenden Gegenstandes jedoch kein vollständiges Surrogat des immateriellen Schutzgegenstandes dar. Wenn man dies annimmt, übersieht man, dass die Präsenz eines schutzrechtsverletzenden Gegenstandes auf dem Markt eine fortdauernde Störung des beim Verletzten verbliebenen Immaterialgüterrechts darstellt, die weiteren Schaden verursachen kann. Darauf hat bereits *Körner* hingewiesen.<sup>1835</sup> Er will jedoch zwischen „Produktionsrechten“, die den Zweck haben, den Rechtsinhaber für Innovationen zu belohnen, und Bezeichnungsrechten, die den fortdauernden Schutz des Goodwill des Bezeichnungsinhabers bezwecken, unterscheiden und meint, bei der Verletzung von Produktionsrechten trage die Auskehrung des Verletzergewinns der Belohnungsfunktion dieser Rechte Rechnung, und daher sei nach Zahlung von Schadensersatz nach jeder dieser Methoden alles abgegolten;<sup>1836</sup> bei den Bezeichnungsrechten sei dies nicht der Fall; darum könne hier keine Erschöpfung angenommen werden. Diese Unterscheidung ist jedoch abzulehnen. Wenn *Körners* Überlegung in Bezug auf die Produktionsrechte richtig wäre, würden in den Verletzungsprozessen nicht die Unterlassungsansprüche, sondern die Schadensersatzansprüche im Vordergrund stehen, das ist aber aus den eingangs dieses Abschnittes dargelegten Gründen meist nicht der Fall.

Die Parallele zu § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB ist auch deshalb abzulehnen, weil die möglichen Rechtsmängelgewährleistungsansprüche nicht das Erlangen des Vermögensvorteils in Frage stellen, sondern allenfalls möglicherweise die Bereicherung wegfallen lassen.

### **III. Der Anspruch auf die angemessene Lizenzgebühr**

#### **1. Kombinierbarkeit mit anderen Ansprüchen gegen denselben Verletzer**

Übereinstimmung besteht zwischen den untersuchten Rechten insoweit, als die kumulative Geltendmachung von entgangenem Gewinn und einer angemessenen

---

<sup>1835</sup> Körner GRUR 1980, 204.

<sup>1836</sup> Insoweit ebenso Kraßer Lehrbuch § 33 V B 2; Schulte PatG 5. Auflage § 9 Rn. 11.

Lizenzgebühr für denselben Verletzerumsatz jedenfalls gegen denselben Verletzer nicht möglich ist. Soweit die Lizenzgebühr selbst entgangenen Gewinn darstellt, leuchtet das ein: Entweder nimmt man an, der Verletzte hätte wahrscheinlich dem Verletzten für das fragliche Geschäft eine Lizenz gewährt, oder man nimmt an, der Verletzte hätte das Geschäft mit dem Dritten ohne die Verletzung wahrscheinlich selbst getätigt; beides schließt sich gegenseitig aus. Wenn der Verletzte eine Lizenz unter keinen Umständen gewährt hätte, ist denkbar, dass ihm Gewinn auf andere Weise als durch einen Lizenzvertrag mit dem Verletzer entgangen ist. So kann bei der unbefugten Benutzung eines Persönlichkeitsrechts oder einer bekannten Marke für Werbezwecke einerseits der Verletzer durch von ihm ersparte Werbeaufwendungen bereichert sein und andererseits dem Verletzten ein „Imageschaden“, d. h. letztlich entgangener Gewinn, entstanden sein.<sup>1837</sup> Auch in diesem Fall stellen Schaden des Verletzten und Vorteil des Verletzers zwei Seiten derselben Medaille dar. Die Beträge sind daher nicht kumulativ zu gewähren, sondern aufeinander anzurechnen. Dem Verletzten sollte der jeweils höhere Anspruch gewährt werden.

Die deutsche Rechtsprechung nimmt an, dass die Zusprechung von Schadensersatz in Gestalt von Gewinn, der dem Berechtigten dadurch entgangen ist, dass ihm infolge der Verletzung Geschäfte mit Dritten entgangen sind, und die Zusprechung einer Lizenzgebühr auch dann nicht miteinander vereinbar sind, wenn der entgangene Gewinn für einen anderen Teil des Verletzerumsatzes zugesprochen wird als die Lizenzgebühr. Dabei unterscheidet sie nicht danach, ob die Lizenzgebühr unter dem Gesichtspunkt des entgangenen Gewinns zugesprochen wird (weil die Parteien diese Gebühr wahrscheinlich vereinbart hätten, wenn der Verletzer sich um eine Lizenz bemüht hätte), oder ob die Lizenzgebühr als objektiv angemessenes Entgelt gewährt wird. Diese Rechtsprechung wurde bereits durch das Reichsgericht begründet, das zur Rechtfertigung dieses „Verquickungsverbots“ anführte, dass es in sich widersprüchlich wäre, dem Verletzten zugleich eine Lizenzgebühr und entgangenen Gewinn zuzubilligen. Denn entweder müsse man annehmen, dass die Verletzung gar nicht stattgefunden hätte und daher der Verletzte weitere Geschäfte mit Dritten gemacht hätte – dann würde aber der Abschluss eines Lizenzvertrags nicht in Betracht gekommen sein. Werde dem Verletzten dagegen auf sein Verlangen eine angemessene Lizenzgebühr zugebilligt, so genehmige er damit zwar nicht die Patentverletzung, aber die Sachlage sei nunmehr so zu betrachten, als ob die Lieferungen des Verletzers auf Grund eines

---

<sup>1837</sup> Vgl. zum Marktverwirrungs- und Rufschaden oben B. IV.

Lizenzvertrages erfolgt wären. Als Schadensausgleich komme dann nur eine Berechnung der Lizenzgebühr von dem ganzen Umsatz in Frage, den der Verletzer in dem der Schadensberechnung zu Grunde liegenden Zeitraum erzielt habe.<sup>1838</sup> Das Reichsgericht hielt es also für zwingend, dass der Verletzte einheitlich wählt, ob er so gestellt werden will, als ob alle streitgegenständlichen Verletzungen unterblieben wären, oder so, als ob die Handlungen mit seiner (entgeltlichen) Erlaubnis erfolgt wären.

In Frankreich und England können dagegen 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. Der Lizenzgebühr kommt dabei die Funktion eines Mindestausgleichs für den Fall zu, dass der Verletzte nicht nachweisen kann, dass er bei Unterbleiben der Verletzung bestimmte vom Verletzer getätigte Geschäfte selbst hätte machen können. Dies wird damit begründet, dass die Gefahr einer Überschneidung nicht bestehe, wenn die Ansprüche jeweils auf unterschiedliche Teile des Verletzerumsatzes bezogen seien.<sup>1839</sup>

Wenn die Lizenzgebühr konkreten entgangenen Gewinn darstellt, könnte für die deutsche Ansicht sprechen, dass die Vorstellung, der Verletzer hätte für x Produkte eine Lizenz erteilt und für den Rest nicht, gekünstelt anmuten kann. Andererseits spricht grundsätzlich nichts gegen eine solche Annahme. Die Willkürlichkeit der deutschen Lösung zeigt sich, wenn man einmal annimmt, dass der Verletzer nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens neue Verletzungshandlungen begeht; zumindest dann kann der Verletzte neu wählen. Sieht man die Lizenzgebühr als Bereicherungsausgleich an, würde die Zubilligung einer angemessenen Lizenzgebühr und von entgangenem Gewinn eine Kombination von Schadens- und Bereicherungsausgleich darstellen. Dagegen spricht jedoch nichts, solange im Einzelfall Schaden des Verletzten und Bereicherung des Verletzers nicht identisch sind. Das ist gewährleistet, solange entgangener Gewinn und Lizenzgebühr nicht für denselben Teil des Verletzerumsatzes gewährt oder zumindest aufeinander angerechnet werden.

---

<sup>1838</sup> RGZ 156, 65, 68f. („Scheidenspiegel“).

<sup>1839</sup> S. o. Teil 3 C. III. 1. c); Teil 4 C. II. 2. d).

Damit besteht kein Anlass, mit der deutschen Rechtsprechung die Kombination von Schadensersatz und Lizenzgebühr auch für unterschiedliche Verletzerumsätze abzulehnen.

## 2. Legalisierungswirkung?

In der deutschen instanzgerichtlichen Rechtsprechung wird vertreten, alle Ansprüche des Verletzten würden durch Erfüllung erlöschen (§§ 422 Abs. 1 S. 1, 362 Abs. 1 BGB), wenn der Hersteller eines patentverletzenden Gegenstandes eine angemessene Lizenzgebühr an den Rechtsinhaber gezahlt habe.<sup>1840</sup> Er sei nach dem „Wesen der Lizenzanalogie“ dann mit einem rechtmäßigen Lizenznehmer gleichzustellen; der Belohnungsfunktion des Schutzrechts sei damit Genüge getan und sein Zuweisungsgehalt ausgeschöpft. Einige Vertreter dieser Ansicht möchten den Unterlassungsanspruch des Verletzers davon allerdings unberührt lassen und meinen, die Handlungen der Abnehmer dessen, der die Lizenzgebühr gezahlt habe, könnten weitere Verletzungshandlungen darstellen, die lediglich keinen weiteren Schaden des Rechtsinhabers verursachten. Dies ist jedoch in sich widersprüchlich.

Die Gegenansicht geht dahin, dass zwar weder über unterschiedliche Berechnungsmethoden noch über das Bereicherungsrecht mehrfach Ersatz verlangt werden könne, dass von einer Art Erschöpfung in diesem Zusammenhang aber nicht gesprochen werden dürfe.<sup>1841</sup> Diese Ansicht vertreten auch die französische und die englische Rechtsprechung.<sup>1842</sup> Danach dauert die Schadenszufügung an, solange der rechtsverletzende Artikel sich im Verkehr befindet („so long as the article is used, there is continuing damage“<sup>1843</sup>). Lediglich wenn die Beteiligten sich im Einzelfall auf die Zahlung einer Gebühr geeinigt hätten, die auch den etwa noch weiter entstehenden Schaden abdecken solle, sei die Angelegenheit damit endgültig erledigt. Die weite Verbreitung der Gegenansicht in der deutschen Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung entspricht der bisherigen Vernachlässigung der verschiedenen Aspekte des bisher so genannten „Marktverwirrungsschadens“ durch sie.

---

<sup>1840</sup> S. o. Teil 2 G. II. 2..

<sup>1841</sup> S. o. Teil G. II. 2. und 3.

<sup>1842</sup> S. o. Teil 3 H. II.; Teil 4 G. II. 2. und 3..

<sup>1843</sup> S. das Zitat aus Penn v. Jack oben Teil 4 G. II. 2..





## G. Thesen

- (1) Die Ermittlung der Anspruchshöhe wurde bisher im deutschen Recht durch unzureichende Möglichkeiten der Sachaufklärung und der Überprüfung von Auskünften des Verletzers behindert.<sup>1844</sup> Dies hat zusammen mit dem zu hohen Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit und mit einer häufig allzu strengen Überprüfung des tatrichterlichen Ermessens durch den BGH<sup>1845</sup> dazu geführt, dass der Anspruch auf Ersatz des konkret erlittenen Schadens bei Verletzungen des „geistigen Eigentums“ kaum noch Bedeutung hat. Um dieses Manko auszugleichen, wurden auf bis heute ungeklärter dogmatischer Grundlage „objektive Schadensberechnungsmethoden“ entwickelt, von denen eine, die Schadensberechnung nach der angemessenen Lizenzgebühr, in der Praxis die größte Bedeutung erlangt hat.<sup>1846</sup> Dadurch wurden Möglichkeiten, den konkreten Schaden auf für den Verletzten günstigere Weise zu berechnen, insbesondere durch Anwendung neuerer betriebswirtschaftlicher Methoden zur Berechnung des entgangenen Gewinns und durch stärkere Berücksichtigung des so genannten „Marktverwirrungsschadens“, vernachlässigt.<sup>1847</sup>
- (2) <sup>1848</sup> Das deutsche Prozessrecht hat sich durch die Einführung der §§ 142, 144 ZPO auf das französische Modell zu bewegt. Die Regelungen werden den Grundsatz der lediglich formalen Waffengleichheit der Parteien und den im Sinne eines „Prozessdarwinismus“ (*Stürner*) verstandenen Beibringungsgrundsatz zurückdrängen. Dies ist prinzipiell begrüßenswert, da die bestehenden, unsystematischen Ausnahmen vom Beibringungsgrundsatz ungleiche und daher ungerechte Zustände bewirken und grundsätzlich nicht einzusehen ist, warum in der Sache berechnete Ansprüche dann scheitern sollten, wenn der Schädiger zufällig in der glücklichen Lage ist, die entscheidenden Informationen zurückhalten zu können. Problematisch ist die Aufklärungspflicht nur, weil der Aufklärungspflichtige typischerweise gezwungen ist, mehr als die tatsächlich erforderlichen Informationen zu offenbaren. Die Frage ist

---

<sup>1844</sup> Vgl. Teil 5 A sowie die Teile B der Länderberichte.

<sup>1845</sup> Vgl. Teil 5 A. II., Teil 2 C. I. 2., Teil 3 C. II. und Teil 4 C. I. 2.

<sup>1846</sup> Teil 2 C. II. 2. und 3.

<sup>1847</sup> Teil 2 C. II. 1 und C. I. 4. c) mit Teil 3 C. II., III und V. sowie Teil 4 C. II. und III.

<sup>1848</sup> Siehe Teil 5 A.

daher, wie verhindert werden kann, dass ihm dadurch Schaden zugefügt wird oder eine Aufklärungspflicht missbraucht wird, um vertrauliche Angelegenheiten auszuspähen oder ihm durch den notwendigen Aufwand zu schaden.

- (3) <sup>1849</sup> Die Umsetzung der RL 2004/48/EG wird zu erweiterten Möglichkeiten der Beweisbeschaffung führen, die ebenfalls dazu beitragen können, dass die Geltendmachung konkreten Schadens größere Bedeutung erlangen wird. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Regelungen der Richtlinie bergen jedoch auf Grund der zu unbestimmten Terminologie die Gefahr allzu klägerfreundlicher und den freien Wettbewerb gefährdender Auswüchse. Beweissicherungsmaßnahmen sollten von folgenden Voraussetzungen abhängig gemacht werden:
- Der Antragsteller muss konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Verletzung vorgetragen haben, die so detailliert sind, wie man es in Anbetracht des jeweiligen Sachverhalts vernünftigerweise erwarten kann.
  - Je einschneidender die angeordnete Maßnahme, desto wahrscheinlicher muss dem Gericht die behauptete Verletzung erscheinen. Bei einer ohne Anhörung des Antragsgegners getroffenen Maßnahme sollte die Verletzung so gut wie gewiss erscheinen.
  - Der Kläger muss die Beweismittel so genau bezeichnen, wie dies unter den gegebenen Umständen vernünftigerweise zu erwarten ist. Er muss nicht vortragen, was sich aus den Unterlagen ergeben soll.
  - Sein Interesse daran, eine mögliche Verletzung zu beweisen, muss das Interesse des Antragsgegners überwiegen, dass im Falle seiner Unschuld vertrauliche Informationen nicht dem Antragsteller oder der Öffentlichkeit preisgegeben werden, und dass auch dann, wenn er eine Verletzung begangen hat, durch die Beweisermittlungsmaßnahme nicht zugleich Informationen offengelegt werden, die mit der Verletzung nicht in Zusammenhang stehen, d. h. auch im Fall des Nachweises einer Verletzung ist der Umfang der angeordneten Offenlegung sorgfältig abzuwägen. Die Anordnung des Einfrierens von Vermögenswerten darf den Antragsgegner nicht in legitimen geschäftlichen Interessen beeinträchtigen.

---

<sup>1849</sup> Teil 5 A. I.

- Ein berechtigtes Interesse der Parteien an der Geheimhaltung der Daten, aus denen sich bei einer nachgewiesenen Verletzung die Anspruchshöhe ergibt, ist nicht anzuerkennen. Soweit die relevanten Daten aus Unterlagen gewonnen werden müssen, die auch andere Daten enthalten, sollten sie durch unabhängige Sachverständige gefiltert werden.
- (4) <sup>1850</sup> Der BGH sollte bei der Überprüfung der Schadensschätzungen mehr Zurückhaltung üben. Außerdem sollte das Erfordernis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Schadensschätzung aufgegeben werden. Dieser Maßstab ist ungeeignet für die Schadensschätzung. Vielmehr kann eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit der Schadensschätzung nicht durchgängig verlangt werden, und von den Parteien kann und muss nur soviel Substanziierung verlangt werden wie möglich.
- (5) <sup>1851</sup> Es ist in sich widersprüchlich, wenn die deutsche Rechtsprechung einerseits dem Verletzten jegliche Beweiserleichterung bei der Feststellung, inwieweit er bei Unterbleiben der Verletzung den Umsatz des Verletzers selbst hätte erzielen können, versagt, und andererseits behauptet, eine entsprechende Fiktion bei der Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn trage dem Ausgleichsgedanken Rechnung. Bei Rechten, die dem Inhaber eine Monopolstellung in dem Sinne verschaffen, dass das Produkt bzw. das unter Benutzung des Rechts hergestellte Produkt nicht oder kaum durch andere zu ersetzen ist, ist es angebracht, dem Verletzten Beweiserleichterungen dafür zu gewähren, dass er einen vom Verletzer erzielten Gewinn bei Unterbleiben der Verletzung selbst erzielt hätte. Eine entsprechende Fiktion, die zu einem selbst durch den Gegenbeweis nicht berührten Gewinnherausgabeanspruch führt, ist dagegen schadensrechtlich nicht begründbar. Auch Art. 13 Abs. 2 a) RL 2004/48/EG sollte in dieser Weise ausgelegt werden, nicht dahin gehend, dass der Verletzergewinn zwingend als Schaden des Verletzten anzusehen sei.

---

<sup>1850</sup> Teil 5A. II.

<sup>1851</sup> Teil 5 B.

- (6) <sup>1852</sup> Die Beweiserleichterung sollte nicht mit der Übernahme der verfehlten englischen und französischen Theorie vom „Verlust einer Chance als Schaden“ gerechtfertigt werden. Diese ersetzt die Erfolgshaftung durch Risikohaftung bzw. verfolgt Strafzwecke, die nach geltendem Recht jedoch im Zivilrecht keinen Platz haben.
- (7) <sup>1853</sup> Bei der Berechnung des entgangenen Gewinns können auch andere Produktbestandteile und Nebenleistungen, die nicht dem Schutzrecht unterliegen, berücksichtigt werden. Ausnahmsweise können dem der begrenzte Schutzzweck des jeweiligen Rechts und die potenziell schädliche Wirkung auf den Wettbewerb entgegenstehen. Die Feststellung im Einzelfall bedarf einer schutzrechtsspezifischen Betrachtung, die auch die Besonderheiten der unterschiedlichen Schutzgüter berücksichtigt. Auch die Begründungserwägung 17 der RL 2004/48/EG bekennt sich zu der Notwendigkeit einer schutzrechts- und einzelfallspezifischen Anwendung ihrer Regelungen.
- (8) <sup>1854</sup> Die relative Deckungsbeitragsrechnung ist für den Kläger die günstigste Methode der Berechnung der vom entgangenen Gewinn abzuziehenden Kosten. Danach kommt es nur auf die Frage an, ob für die Produktion der zusätzlichen Menge zusätzliche Kosten angefallen wären. Entscheidungen aus allen drei Ländern zeigen, dass die Rechtsprechung diesem Argument aufgeschlossen gegenübersteht. Diese Methode erscheint auch richtig. Zwar trifft sie den Verletzer hart, da der zusätzlichen Menge in der Regel keine Fixkosten zugerechnet werden, obwohl diese zu der zusätzlichen Produktion tatsächlich beitragen würden und für sie notwendig wären. Wenn der Verletzte aber die Kosten tatsächlich bereits aufgewandt hat und ausreichend Kapazitäten gehabt hätte, stellt der ausgebliebene Deckungsbeitrag einen Schaden dar. Allerdings erscheint Skepsis gegenüber der Behauptung angebracht, die Fixkosten des Verletzten hätten sich bei der Produktion der zusätzlichen Menge überhaupt nicht verändert. Dies sollte zu Gunsten des Verletzers in die Schätzung einfließen, in der Regel jedoch nicht zu belastenden Darlegungspflichten des Verletzten führen. Dagegen erscheint es weder

---

<sup>1852</sup> Teil 5 B. I. 3.

<sup>1853</sup> Teil 5 B. II.

<sup>1854</sup> Teil 5 B. III.

sinnvoll noch fair, wie im deutschen Recht dem Verletzer insoweit die Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen.

- (9) <sup>1855</sup> Der „Marktverwirrungsschaden“ besteht in zukünftigem entgangenem Gewinn und/oder einer Minderung des Wertes des betroffenen Immaterialgüterrechts, selten in Aufwendungen des Verletzten zur Schadensabwehr oder –verringerung. Er kann auch bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten entstehen. Das Gericht sollte in der Entscheidung aussprechen, welche dieser Schadenspositionen es tatsächlich schätzt, denn dies wirkt der Entwicklung unzulässiger reiner Pauschalen entgegen. Ein etwaiger Vorteilsausgleich sollte – im Schadensrecht – berücksichtigt werden. Es ist in sich widersprüchlich, wenn die deutsche Rechtsprechung nominell von einem Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für den Nachweis des Schadens ausgeht und strenge Anforderungen an seinen Nachweis stellt, andererseits aber einen „Marktverwirrungsschaden“ durch Rufschädigung, Verlust der Marktstellung u. ä. anerkennt und entschädigt, obwohl dieser letztlich ebenfalls entgangenen Gewinn darstellt, so dass seine Darlegung an den Anforderungen von § 252 S. 2 BGB scheitern müsste. Dies unterstreicht die Notwendigkeit, von den überzogenen Anforderungen an die Darlegung des konkreten Schadens abzurücken.
- (10) <sup>1856</sup> Das Versäumnis des Verletzers, einen entgeltlichen Lizenzvertrag mit dem Berechtigten abzuschließen, führt dazu, dass der Verletzte einen ersatzfähigen Schaden erleidet, wenn anzunehmen ist, dass der Rechtsinhaber einen Lizenzvertrag mit dem Verletzer abgeschlossen hätte, wenn dieser sich darum bemüht hätte. In der Praxis wird allerdings statt des mutmaßlich entgangenen Entgelts meist ein objektiv angemessenes Entgelt festgesetzt, um Einwände des Verletzers auszuschalten, die man nicht berücksichtigen möchte, weil der Verletzer sonst von der Verletzung profitieren würde, oder um einen Betrag auch dann festsetzen zu können, wenn ein Geschäft zwischen den Parteien aus kaufmännischen Gründen nicht zustande gekommen wäre. In diesen Fällen ist die Lizenzgebühr kein kompensatorischer Schadensersatz. Die Beschränkung der Zuerkennung der Lizenzgebühr als Schadensersatz auf Fälle, in denen

---

<sup>1855</sup> Teil 5 B. IV.

<sup>1856</sup> Teil 5 B. V.

der Berechtigte die Nutzung wahrscheinlich gestattet hätte, ist mit Art. 13 Abs. 2 b) RL 2004/48/EG vereinbar, da danach ein angemessenes Entgelt nur „in geeigneten Fällen“ als Schadensersatz festgesetzt werden soll.

- (11) <sup>1857</sup> Die Zulassung der Eingriffskondition ist nicht allein von der Rechtswidrigkeit der fraglichen Handlung abhängig zu machen, da diese nicht notwendig mit der Aneignung eines Vermögenswertes einhergehen muss, der gerade dem (welchem?) anderen gebührt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob einer Rechtsposition gerade ein vermögensrechtlicher Zuweisungsgehalt zukommt. Grundsätzlich hat eine Rechtsposition dann einen Zuweisungsgehalt, wenn dem Anspruchsteller rechtlich sowohl die Möglichkeit zusteht, die fragliche Handlung zu unterbinden, als auch die Möglichkeit, sie gegen Entgelt zu gestatten. Das kann allerdings nicht der einzige Test sein, zumal die Beantwortung dieser Frage wiederum von einer wertenden Entscheidung abhängen kann. Eine allgemein gültige Formel zur Ermittlung des Ergebnisses gibt es nicht. Das ist jedoch keine Schwäche der Zuweisungstheorie, sondern es macht dem Rechtsanwender lediglich bewusst, an welcher Stelle der Subsumtion die erforderliche, rechts- und wirtschaftspolitische Wertung getroffen wird. Primär ist dabei nach dem Zweck der Normen, die die fragliche Rechtsposition regeln, zu fragen. Zu berücksichtigen sind auch die Auswirkungen, die sich aus einer Haftung für den gutgläubigen und den nicht schuldhaft handelnden Verkehr ergeben. Letztlich handelt es sich bei der Frage nach der Schutzwürdigkeit des gutgläubigen Verkehrs aber um eine weniger bedeutende Teilfrage eines anderen Problems: der Bestimmung des richtigen Maßes an Schutz für diejenigen, die „geistiges Eigentum“ produziert haben. Die Zahl der geschützten Rechtspositionen und die Bandbreite des Schutzes hat sich in den letzten Jahren enorm erweitert. Es besteht die Gefahr, dass dies die Stellung marktstarker Unternehmen einseitig verstärkt, indem ihnen der Zugriff auf Folgemärkte erleichtert wird, während neue Wettbewerber auf Marktzutrittsbarrieren stoßen. Zu bezweifeln ist auch, dass Besonderheiten der unterschiedlichen Schutzgüter bei der Gesetzgebung genügend berücksichtigt werden. Die Rechtsprechung sollte diese Entwicklung nicht noch forcieren.

---

<sup>1857</sup> Teil 5 C. II. 2. a).

- (12) <sup>1858</sup> Die Höhe der Bereicherung sollte subjektiv, nicht objektiv bestimmt werden. Bei dem objektiven Wert handelt es sich um ein nutzloses und irreführendes Konzept. Wenn die entgeltliche Gestattung der Nutzung des verletzten Rechts üblich ist, entspricht der objektive Wert der Nutzung der subjektiven Bereicherung des Verletzten. Ist dies aber nicht der Fall, führt die Suche nach dem „objektiv angemessenen“ Entgelt in die Irre, weil dies das Gericht dazu verleitet, sich seine eigene Wirklichkeit zu schaffen, statt die tatsächlichen Aspekte, die den zu entscheidenden Fall charakterisieren, sorgfältig zu analysieren.
- (13) <sup>1859</sup> Im deutschen Bereicherungsrecht ist für die wertende Entscheidung über die Zulassung von Gewinnherausgabeansprüchen der vermögensrechtliche Zuweisungsgehalt des Rechtsguts entscheidend. Die Vehikel für diese Wertung sind die Merkmale „auf Kosten“ (§ 812 BGB) und „bestimmungsgemäßer Ertrag“ (§ 99 BGB) sowie der Begriff des „Geschäfts“ des Verletzten (§ 687 Abs. 2 BGB). Selbst die engste Auslegung des Fruchtbegriffs (§ 99) führt dazu, dass zumindest in bestimmten Fällen ein Gewinnherausgabeanspruch besteht, nämlich hinsichtlich Erträgen aus derjenigen wirtschaftlichen Bestimmung des Rechts, die diesem vom Rechtsinhaber selbst zugemessen wurde. Eine weiter gehende Gewinnherausgabepflicht aus §§ 812, 99, 100 sowie 687 Abs. 2 BGB erscheint nach dem Wortlaut dieser Normen möglich, aber nicht zwingend. Der Gewinnherausgabeanspruch sollte zur Förderung von Effizienz und Innovation auf diejenigen Formen der Nutzung beschränkt werden, die der Verletzte selbst ausübte.
- (14) <sup>1860</sup> Die Geschäftstüchtigkeit des Verletzers bei der Ermittlung des herauszugebenden Gewinnanteils prinzipiell nicht zu berücksichtigen, ist weder aus ökonomischer Sicht sinnvoll noch aus vermögensrechtlicher Sicht vernünftig begründbar; es geschieht zur Bestrafung des Eingreifers. Soweit weitere Ertragsfaktoren berücksichtigt werden müssen, erregt ein erhebliches Unbehagen der Umstand, dass eine verhältnismäßige Zurechnung des Gewinns auf mehrere Faktoren logisch unmöglich ist und die bisher in der Praxis diskutierten Verfahren zu sehr weit auseinander liegenden Ergebnissen führen. Anders als in sonstigen

---

<sup>1858</sup> Teil 5 C. II. b)

<sup>1859</sup> Teil 5 C. III. 3.

<sup>1860</sup> Teil 5 C. III. 4. d).

Fällen, in denen die Anspruchshöhe geschätzt werden muss, besteht bereits keine Einigkeit darüber, was geschätzt werden soll. Damit wohnt den Entscheidungen notwendig ein starkes Element der Willkür inne. Dies wirft Zweifel daran auf, ob solche „Schätzungen“ mit § 287 Abs. 2 ZPO vereinbar sind. Darüber hinaus besitzt der Gewinnherausgabeanspruch den praktischen Nachteil, dass die Rechtsunsicherheit dazu führt, dass die Vorstellungen der Parteien über ihr Prozessziel regelmäßig extrem weit auseinander liegen werden, was die vergleichsweise Erledigung solcher Rechtsstreitigkeiten erschwert.<sup>1861</sup> Der einzige damit verbundene Vorteil könnte die Abschreckungswirkung sein, die für potenzielle vorsätzlich handelnde Verletzer von dieser Ungewissheit und dem damit einhergehenden Prozessrisiko ausgeht. Die Nachteile treffen bei geschehener Verletzung aber beide Parteien. Soweit eine Aufteilung des Verletzergewinns (aus anderen Gründen als der Berücksichtigung der Arbeit des Verletzers) notwendig ist, erscheint es daher sinnvoll, den herauszugebenden Betrag auf die erzielte Kostenersparnis zu beschränken, die *de lege ferenda* um eine Pauschale erhöht werden könnte, um dem erwirtschafteten Mehrwert Rechnung zu tragen.

- (15) <sup>1862</sup> Im Hinblick auf vorsätzlich handelnde Verletzer bestehen ungenutzte Möglichkeiten zur Erweiterung des Anspruchsumfangs. Eine Besinnung auf diese Vorschriften würde freilich die Verfahren mit weiteren schwierigen Tatsachenermittlungen befrachten. Dennoch erscheint diese Vorgehensweise gegenüber Schadenspauschalen und Privatstrafen, die sich vom konkreten Fall entfernen, im gewerblichen Rechtsschutz vorzugswürdig.
- (16) <sup>1863</sup> Die neue Rechtsprechung des BGH, wonach anteilige Gemeinkosten des Verletzers nicht vom herauszugebenden Verletzergewinn abgesetzt werden dürfen, ist in der Regel weder nach Schadensersatzrecht noch nach Bereicherungsrecht noch nach Geschäftsführungsrecht gerechtfertigt. Im englischen Recht wird vielfach die Ansicht vertreten, dass diese Berechnungsmethode strafenden Charakter hat. Auch deshalb ist ihre Anwendung jedenfalls gegenüber einem lediglich fahrlässig handelnden Verletzer nicht zu rechtfertigen.

---

<sup>1861</sup> Zutreffend Moody-Stewart EIPR 1999, 14, 16.

<sup>1862</sup> Teil 5 C. III. 4. d).

<sup>1863</sup> Teil 5 C. III. 4. d).



- (17) <sup>1864</sup> Eine gefestigte Rechtsprechung zu der Frage, ob der nicht verschärft haftende Verletzer sich auf den Wegfall der Bereicherung berufen kann, gibt es noch nicht. Die gesetzliche Regelung ist von dem Grundsatz beherrscht, dass der nicht verschärft haftende Verletzer nicht über den Betrag der in seinem Vermögen noch vorhandenen Bereicherung hinaus haften soll. Dies muss auch für den Fall gelten, dass das ursprünglich Erlangte in dem nicht gegenständlichen Gebrauch des immateriellen Guts gesehen wird; mag der gutgläubige Verletzer bei Fahrlässigkeit auf den Schaden haften. Die Ansicht, der Wegfall der Bereicherung sei jedenfalls in Bezug auf den Wert der Nutzung „begrifflich“ ausgeschlossen, weil der einmal erfolgte Gebrauch nicht rückgängig gemacht werden könne, greift zu kurz: Der Gebrauch kann nicht entfallen, wohl aber die Wertbereicherung, vor allem wenn der Gebrauch nicht Selbstzweck ist, sondern damit das Ziel verfolgt wird, daraus im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit einen Gewinn zu ziehen. Zu erwägen wäre, ob *de lege ferenda* die verschärfte Haftung auf den Verletzer ausgedehnt werden sollte, der die Umstände kennen musste, aus denen sich die Rechtswidrigkeit ergab.
- (18) Echte Strafelemente gibt es im deutschen Zivilrecht erst seit der *Caroline I*-Entscheidung zur Entschädigung für immaterielle Schäden durch Persönlichkeitsrechtsverletzungen. Der Sinn einer Ausdehnung des Strafschadensersatzes auf weitere Bereiche ist äußerst zweifelhaft. Strafschadensersatz kann sinnvoll sein, aber er bedeutet zugleich, dass Mechanismen, die Verletzungen verhindern sollten – tatsächliche Schutzvorkehrungen, ökonomische Anreize, strafrechtliche Mittel, wirtschaftsverwaltungsrechtliche Mittel, allgemein zivilrechtliche Mittel – versagt haben. Es ist daher nur folgerichtig, dass er in Deutschland bisher fast ausschließlich im Presserecht für notwendig gehalten wird, denn dort kann und soll eine präventiv wirkende Zensur nicht stattfinden. In anderen Bereichen sollte über Privatstrafen frühestens dann nachgedacht werden, wenn alle sonstigen Mittel ausgeschöpft sind. Wie in dieser Untersuchung gezeigt, wurden bisher noch nicht alle klassischen zivilrechtlichen Mittel ausgeschöpft. Soweit die Gerichte dies tun und trotzdem weder nennenswerte auszugleichende Schäden noch abzuschöpfende Bereicherungen ermitteln können, stellen sich vor der

---

<sup>1864</sup> Teil 5 C. IV.

Einführung von Strafschadensersatz die weiteren Fragen, ob wirklich zwingender Handlungsbedarf besteht und ob die gewünschten Wirkungen damit wirklich erzielt werden können. Daran bestehen erhebliche Zweifel.

- (19) <sup>1865</sup> Die Regeln für die Behandlung von Gläubigermehrheiten sind bisher bruchstückhaft. Überwiegend wird einfachen Lizenznehmern bisher ein Klagerecht nicht zugestanden, eine Ausnahme bildet das harmonisierte Markenrecht. Daran ändert sich auch durch die RL 2004/48/EG nichts. Soweit Lizenznehmer klagebefugt sind oder (wie in Ausnahmefällen im deutschen Recht) ihr Schaden vom Lizenzgeber für sie geltend gemacht werden kann, stellt sich das praktische Problem der Aufteilung etwa zugesprochener Beträge auf die mehreren Prätendenten. Im Hinblick auf die Verteilung etwaiger Zahlungsansprüche dürften bisher die einschlägigen Regeln des englischen Trade Mark Act am genauesten durchdacht sein. Er geht allerdings von der strikten Alternativität von „damages“ und „account of profits“ aus, die nicht denknotwendig ist. Es ist aber zuzugeben, dass die Situation bei dem Vorhandensein mehrerer Gläubiger, die auch noch unterschiedliche Ansprüche geltend machen, für die Beteiligten und das Gericht schwer überschaubar sein dürfte. Grundsätzlich wird man daher davon ausgehen müssen, dass Verletzungsprozesse von einer Mehrzahl von Gläubigern nur mit einem befriedigenden Ergebnis geführt werden können, wenn die Gläubiger den Prozess gemeinsam führen und über die Verteilung der erstrittenen Summe eine vertragliche Einigung treffen.
- (20) <sup>1866</sup> Dass manche Ansprüche grundsätzlich nur alternativ zu anderen Ansprüchen gewährt werden, beruht nicht auf logischer Notwendigkeit. Die Ansprüche können sich lediglich tatsächlich überschneiden, soweit sie auf denselben Teil des Verletzerumsatzes bezogen gewährt werden. Der Verletzte erhält bereits immer dann nicht zu viel, wenn Ansprüche, so weit sie sich überschneiden, aufeinander angerechnet werden. Das Gericht vereinfacht sich allerdings die Anspruchshöhenermittlung beträchtlich, wenn es die Ansprüche nur alternativ gewährt, dies geschieht jedoch auf Kosten des Verletzten. Die Annahme einer „Erschöpfung“ durch die

---

<sup>1865</sup> Teil 5 E.

<sup>1866</sup> Teil 5 F.

Leistung einer Lizenzgebühr oder die Herausgabe des Verletzergewinns ist abzulehnen. Die Übertragung des Gedankens aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB auf Verletzungen „geistiger Eigentumsrechte“ führt in die Irre, weil eine Regel, die sich auf eine bestimmte Sache oder ein Recht selbst bezieht, nicht ohne weiteres auf eine Sache übertragen werden kann, bei deren Produktion ein Recht verletzt wurde, das weiterhin dem Verletzten zusteht und von diesem weiterhin wirtschaftlich verwertet wird. Die weite Verbreitung der Gegenansicht in der deutschen Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung entspricht der Verkennung der Bedeutung der verschiedenen Aspekte des bisher so genannten „Marktverwirrungsschadens“ und der bisherigen Vernachlässigung ihrer Analyse durch sie.

- (21) <sup>1867</sup> Die „Genugtuungsfunktion“ des Schmerzensgeldes und der Entschädigung für immaterielle Schäden durch Persönlichkeitsverletzungen ist ebenso mit dem Ausgleichsprinzip vereinbar wie es die englischen „aggravated damages“ sind, sofern sie den Zweck verfolgt, „Gefühlschäden“ des Verletzten auszugleichen und seinen Ruf wieder herzustellen. Dagegen handelt es sich bei einer im Sinne der „Caroline“-Rechtsprechung erhöhten Entschädigung um eine Privatstrafe nach dem Vorbild der „exemplary damages“.
- (22) <sup>1868</sup> In Bezug auf die Zulassung der Eingriffskondition wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten stellen sich andere Fragen als bei Eingriffen in andere Rechtspositionen. Ihre Behandlung ist nicht primär eine Frage des Verhältnisses zwischen „geistigem Eigentum“ und freiem Wettbewerb in dem Sinne, dass die bereicherungsrechtliche Behandlung Auswirkungen auf Fortschritt und Nutzen der Allgemeinheit hat. Charakteristisch ist vielmehr das Problem des Verhältnisses zwischen den geschützten wirtschaftlichen und ideellen Interessen. Darum ist hier zusätzlich zu der Frage, ob der Verletzte die fragliche Handlung entgeltlich hätte gestatten können, entscheidend, ob und inwieweit gerade er sein Persönlichkeitsrecht zu kommerzialisieren bereit ist. Macht er geltend, ausschließlich in immateriellen Interessen verletzt zu sein, und ist dies glaubhaft, weil er sein Persönlichkeitsrecht bisher gar nicht oder nur in

---

<sup>1867</sup> Teil 5 B. VI.

<sup>1868</sup> Teil 5 C. II. 2. a) und b).

einer völlig anderen Weise verwertet hat, sollte ihm ausschließlich immaterieller Schadensersatz zugesprochen werden, der sich nach anderen Kriterien bemisst, was aber keineswegs heißen muss, dass er niedriger ausfallen muss als eine „angemessene“ Lizenzgebühr.

- (23) <sup>1869</sup> Die Beantwortung der Frage, ob dem Erben eines Prominenten die exklusive Möglichkeit der wirtschaftlichen Nutzung des Persönlichkeitsrechts des Verstorbenen zustehen soll, durch den BGH ist nicht maßgeblich durch den Schutz des Persönlichkeitsrechts motiviert, sondern durch vermögensrechtliche Erwägungen: Er will dem Erben diesen Vermögenswert zukommen lassen. Die Wertung mag man bedauern, sie dürfte aber den gesellschaftlichen Verhältnissen entsprechen und erscheint auch insofern akzeptabel, als dem Prominenten zumindest die Möglichkeit bleibt, durch letztwillige Verfügung Einfluss auf Ob und Wie der Nutzung seines Persönlichkeitsrechts zu nehmen.
- (24) <sup>1870</sup> Etwas anderes gilt für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, die in der konkreten Form nicht genehmigungsfähig sind oder jedenfalls vom konkreten Rechtsinhaber nicht gestattet worden wären. Denn wenn das nicht der Fall ist, ist der Gewinn nicht der falschen Person zugeflossen, so dass eine Vermögenslage mittels des Bereicherungsrechts korrigiert werden müsste, sondern der Gewinn dürfte gar nicht existieren. Aus diesem Grund ist es richtig, dass die Rechtsprechung bei nicht genehmigungsfähigen Persönlichkeitsrechtsverletzungen keinen Gewinnherausgabeanspruch gewährt, sondern den Verletzergewinn bei der Festlegung der Entschädigung nach Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG berücksichtigt. Für einen Bereicherungsanspruch ist kein Raum, weil dieser vermögensrechtlich nicht begründbar ist. Durch die Berücksichtigung der Gewinnerzielungsabsicht des Verletzers soll nicht sichergestellt werden, dass den Verletzten die Gelder zugeleitet werden, die mit der Erfindung von Interviews mit ihnen und falschen Sensationsnachrichten über sie verdient werden, weil diese ihnen gebühren, sondern man will damit ausschließlich erreichen, dass diese Aktivitäten ersatzlos eingestellt werden. Wenn dem Verletzten eine Summe in Höhe des Verletzergewinns zugesprochen wird, erhält er diese als Ersatz für einen

---

<sup>1869</sup> Teil 5 C. III. 3. b).

<sup>1870</sup> Teil 5 C. III. 3. b).

Nichtvermögensschaden, und soweit dieser überschritten wird, handelt es sich um eine Privatstrafe. Auch unter praktischen Gesichtspunkten ist die Lösung der Rechtsprechung, wonach die Gewinnerzielung lediglich berücksichtigt wird, zu bevorzugen, denn der Verzicht auf den Versuch der präzisen Ermittlung des erzielten Gewinns erleichtert die Rechtsdurchsetzung für den Kläger und erschwert dem Verletzer gerade die missbilligte Kalkulation, ob sich die Tat für ihn lohnen wird oder nicht.

