

Dr. iur. Lena Maute

# Dreifache Schadens(ersatz)berechnung

Zur dogmatischen Einordnung der Berechnungsmethoden und ihrem Verhältnis zueinander

Carl Heymanns Verlag 2016

# Inhalt

<b>Vorwort</b> . . . . .	V
<b>Inhaltsübersicht</b> . . . . .	VII
<b>Einleitung und Gang der Untersuchung</b> . . . . .	1
<b>Kapitel 1 Ansprüche bei Eingriffen in gewerbliche Schutzrechte</b> . . . . .	3
<i>A. Schadensersatzansprüche</i> . . . . .	3
I. Spezialgesetzliche Schadensersatzansprüche: § 139 Abs. 2 PatG, § 24 Abs. 2 GebrMG, §§ 14 Abs. 6, 15 Abs. 5 MarkenG, § 42 Abs. 2 DesignG . . . . .	3
1. Schadensersatz bei schuldhafter Schutzrechtsverletzung . . . . .	3
2. Schuldner des Schadensersatzanspruchs . . . . .	4
3. Gläubiger des Schadensersatzanspruchs . . . . .	4
II. Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	5
III. Überblick über die Rechtsfolgen . . . . .	6
<i>B. Bereicherungsausgleich</i> . . . . .	6
I. Anwendbarkeit . . . . .	6
II. Eingriffskondiktion . . . . .	7
III. Bereicherungsschuldner, Bereicherungsgläubiger . . . . .	7
IV. Überblick über die Rechtsfolgen . . . . .	7
<i>C. Geschäftsanmaßung</i> . . . . .	8
I. Die Regelung in § 687 Abs. 2 BGB . . . . .	8
II. Geschäftsherr, Geschäftsanmaßer . . . . .	9
III. Überblick über die Rechtsfolgen . . . . .	9
<i>D. Einordnung in das Haftungssystem des BGB</i> . . . . .	9
I. Eingriffskondiktion . . . . .	9
II. Deliktsrecht . . . . .	10
III. Geschäftsanmaßung . . . . .	10
IV. Eskalationsstufenleiter . . . . .	11
<b>Kapitel 2 Grundsätze des Schadensersatzes nach §§ 249 ff. BGB</b> . . . . .	13
<i>A. Anspruchsgrundlagenunabhängigkeit des Schadensersatzes</i> . . . . .	13
<i>B. Grundlagen des deutschen Schadensrechts</i> . . . . .	14
I. Ausgleichsprinzip . . . . .	14
II. Totalreparation . . . . .	14
III. Bereicherungsverbot . . . . .	15
IV. Naturalrestitution . . . . .	15
V. Präventions- und Sanktionswirkung . . . . .	16

C.	<i>Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB</i>	17
I.	Unterscheidung von Schaden und Schadensersatz	17
II.	Bemühungen um eine Definition des Schadensbegriffs	18
III.	Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden	19
IV.	Positiver Schaden und entgangener Gewinn	20
V.	Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	21
<b>Kapitel 3 Ersatz des konkreten Schadens bei Schutzrechtsverletzungen</b>		<b>23</b>
A.	<i>Mögliche konkrete Schäden</i>	23
I.	Entgangener Gewinn	23
II.	Marktverwirrungsschaden	24
III.	Rechtsverfolgungskosten	24
B.	<i>Ersatz des entgangenen Gewinns</i>	24
I.	Der entgangene Gewinn als Schaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB	24
II.	Bestimmung des entgangenen Gewinns	25
1.	Begriff des entgangenen Gewinns	25
2.	Beweiserleichterungen nach § 252 S. 2 BGB und § 287 ZPO	25
3.	Taugliche Prognosegrundlagen	27
a)	»Ob« eines entgangenen Gewinns	27
b)	Höhe des entgangenen Gewinns	28
III.	Probleme bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Ersatz des entgangenen Gewinns	29
1.	Praktische Grenzen der Beweisführung	29
2.	Geheimhaltungsinteresse des Verletzten	30
a)	Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen	30
b)	Prozessuale Lösung?	31
IV.	Zusammenfassung	33
<b>Kapitel 4 Dreifache Schadensersatzberechnung</b>		<b>35</b>
A.	<i>Dreifache Schadensersatzberechnung in der heutigen Rechtsanwendungspraxis</i>	35
I.	Ersatz des entgangenen Gewinns	35
II.	Lizenzanalogie	35
III.	Herausgabe des Verletzergewinns	38
IV.	Verhältnis der Methoden zueinander: Wahlrecht und Verquickungsverbot	40
B.	<i>Entwicklung der dreifachen Schadensersatzberechnung im deutschen Recht</i>	42
I.	Historischer Hintergrund	42
1.	Ausgangslage	42
a)	Gesetzlicher Schutz der Immaterialgüterrechte	42
b)	Schadensersatzansprüche	43
c)	Bereicherungsansprüche	43
d)	Ansprüche aus Geschäftsführung	44
e)	Zusammenfassung	45
2.	Die »Ariston«-Entscheidung des RG	45
3.	Weitere Entwicklung	47
a)	In der Rechtsprechung des Reichsgerichts	47
b)	In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	47
c)	Rezeption in der Literatur	48

II.	Kodifizierung im Urheber- und Geschmacksmusterrecht . . . . .	49
1.	Anspruch auf Gewinnherausgabe . . . . .	49
2.	Begründung des Gesetzentwurfs . . . . .	49
3.	Rezeption in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	50
4.	Analoge Anwendung auf die übrigen gewerblichen Schutzrechte? . . . . .	51
III.	Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie zum Schadensersatz . . . . .	51
1.	Hintergrund und Entstehungsprozess der Richtlinie . . . . .	52
a)	Vom TRIPS-Abkommen vorgegebener Rahmen . . . . .	52
b)	Vorgeschichte . . . . .	52
c)	Vorschlag der Kommission zum Schadensersatz . . . . .	53
d)	Stellungnahmen der Ausschüsse des Parlaments und Änderungen im Vorschlag des Rats . . . . .	54
2.	Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie zum Schadensersatz . . . . .	55
a)	Der Richtlinientext . . . . .	55
b)	Mindestharmonisierung . . . . .	55
c)	Vorrang des Ausgleichs- oder Präventionsgedankens? . . . . .	56
IV.	Umsetzung der Richtlinienvorgaben in deutsches Recht . . . . .	57
1.	Umsetzungsbedarf . . . . .	57
2.	Referentenentwurf zum Durchsetzungsgesetz . . . . .	57
3.	Gesetzentwurf der Bundesregierung und Stellungnahmen hierzu . . . . .	58
4.	Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses und Beratung im Deutschen Bundestag . . . . .	59
5.	Schadensersatz nach § 139 Abs. 2 PatG, § 24 Abs. 2 GebrMG, § 14 Abs. 6 MarkenG und § 42 Abs. 2 DesignG . . . . .	59
<b>Kapitel 5 Dogmatischer Hintergrund der Lizenzanalogie . . . . .</b>		<b>61</b>
A.	<i>Lizenzanalogie als entgangener Gewinn . . . . .</i>	61
I.	Ersatz entgangener Lizenzgebühr nach § 252 BGB . . . . .	61
II.	Der Ansatz Dreiers . . . . .	63
B.	<i>Fiktion eines Lizenzvertrags . . . . .</i>	65
C.	<i>Lizenzanalogie als Bereicherungsausgleich . . . . .</i>	65
I.	Voraussetzungen der Bereicherungshaftung . . . . .	66
1.	Eingriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB . . . . .	66
a)	In sonstiger Weise . . . . .	66
b)	Ohne rechtlichen Grund . . . . .	66
c)	Auf dessen Kosten . . . . .	66
aa)	Vermögensverschiebung, Rechtswidrigkeit oder Zuweisungs- gehalt . . . . .	66
bb)	Zuweisungsgehalt der gewerblichen Schutzrechte . . . . .	68
d)	Zusammenfassung . . . . .	69
2.	Vergleich mit den Voraussetzungen der schadensrechtlichen Lizenz- analogie . . . . .	69
II.	Rechtsfolgen der Haftung des redlichen Bereicherungsschuldners . . . . .	69
1.	Herausgabe des Erlangten . . . . .	69
a)	Das Erlangte als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs . . . . .	69
b)	Nutzungsbefugnis . . . . .	71
c)	Möglichkeit der Benutzung . . . . .	71

d) Ersparnis und Gewinn . . . . .	71
e) Marktchance . . . . .	73
f) Gebrauch . . . . .	73
2. Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB . . . . .	74
a) Objektiver oder subjektiver Maßstab? . . . . .	74
b) Bestimmung des objektiven Werts bei Schutzrechtsverletzung . . . . .	77
aa) Angemessene Lizenzgebühr – Bezugsgröße und Lizenzsatz . . . . .	77
bb) Verletzervorteile . . . . .	77
cc) Verletzernachteile . . . . .	79
dd) Zeitpunkt der Wertermittlung . . . . .	80
ee) Zusammenfassung . . . . .	81
3. Entreichereungseinwand, § 818 Abs. 3 BGB . . . . .	81
a) Bereicherung im Sinne von § 818 Abs. 3 BGB . . . . .	81
b) Wegfall des Erlangten . . . . .	82
c) Ermittlung der Bereicherung durch Vergleich zweier Vermögenslagen . . . . .	83
d) Muss sich der Eingreifende »an der von ihm geschaffenen Sachlage festhalten lassen«? . . . . .	84
e) Bereicherung durch Ersparnis . . . . .	85
aa) Aufwendersersparnis . . . . .	86
bb) Wegfall der Aufwendersersparnis . . . . .	87
(1) Wegfall generell ausgeschlossen? . . . . .	87
(2) Einfluss des Vorhandenseins eines Gewinns aus der Verwertung des Schutzrechts . . . . .	87
(3) Luxusaufwendungen . . . . .	88
f) Bereicherung durch erfolgreiche wirtschaftliche Verwertung . . . . .	89
aa) Gewinn . . . . .	89
bb) Quotelung nach Kausalität? . . . . .	90
cc) Einwand des hypothetischen Gewinns aus schutzrechtsfreier Tätigkeit . . . . .	91
4. Beweislastverteilung . . . . .	91
5. Zusammenfassung . . . . .	92
III. Vergleich der Bereicherungshaftung mit der Rechtsprechung zur Lizenzanalogie im Rahmen des Schadensersatzanspruchs . . . . .	93
D. <i>Lizenzanalogie und Lehre vom objektiven Wert als Mindestschaden</i> . . . . .	95
I. Sachschäden . . . . .	95
II. Eingriffe in Immaterialgüterrechte . . . . .	96
III. Kritik . . . . .	97
E. <i>Lizenzanalogie als gesetzlich pauschalierter Mindestschadensersatz</i> . . . . .	100
I. Pauschalierter Schadensersatz als Ersatz eines Mindestschadens . . . . .	100
1. Regelungstechnik beim pauschalieren Mindestschadensersatz . . . . .	100
a) Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen . . . . .	100
b) Mindestschadensersatz . . . . .	101
aa) Zulässigkeit des Gegenbeweises eines geringeren Schadens . . . . .	101
bb) Nachweis eines höheren Schadens . . . . .	102
cc) Zusammenfassung . . . . .	102
2. Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz im Privatrecht . . . . .	102

3. Voraussetzungen eines gesetzlich pauschalierten Mindestschadensersatzes	104
II. Einordnung der Lizenzanalogie als pauschaliertes Mindestschadensersatz	104
1. Regelung der Lizenzanalogie in den Immaterialgütergesetzen	104
2. Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie	106
a) Wortlaut der Regelung in Art. 13 Abs. 1 lit. b der Richtlinie	106
b) Hintergrund der Regelung in Art. 13 Abs. 1 lit. b der Richtlinie	106
aa) Vorschlag der Kommission	106
bb) Stellungnahmen des Europäischen Parlaments	107
cc) Vorschlag des Rats	107
dd) Die kodifizierte Regelung als Kompromiss	108
ee) Fazit	110
3. Richtlinienkonforme Auslegung	110
III. Vergleich der dogmatischen Einordnung mit der Wirklichkeit der deutschen Rechtsprechungspraxis	112
1. Lizenzanalogie als pauschaliertes Schadensersatz	112
a) Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes nach objektiven Kriterien	112
b) Keine Vorteilsausgleichung	113
2. Lizenzanalogie als Mindestschadensersatz	114
a) Unwiderlegliche Vermutung	114
b) Wahlrecht des Geschädigten	114
3. Reichweite der Pauschalierung	114
4. Rechtfertigung der gesetzlichen Pauschalierung auf einen Mindestbetrag	116
5. Fazit	117
IV. Konsequenzen aus der Einordnung als pauschaliertes Mindestschaden	117
1. Verhältnis der Lizenzanalogie zum Bereicherungsverbot	117
2. Verhältnis der Lizenzanalogie zum Grundsatz der Totalreparation	118
3. Rolle der Gerichte	118
4. Pauschalierung auf den objektiven Wert des verletzenden Gebrauchs	119
5. Verhältnis der Lizenzanalogie zu Präventions- und Sanktionsfunktion des Schadensersatzes	120
V. Zusammenfassung und Fazit	121
<b>Kapitel 6 Dogmatischer Hintergrund der Herausgabe des Verletzergewinns</b>	123
<i>A. Verletzergewinn als entgangener Gewinn</i>	123
<i>B. Fiktion</i>	124
<i>C. Rechtsähnliche Anwendung des § 687 Abs. 2 BGB</i>	124
I. Tatbestandsvoraussetzungen	125
1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 687 Abs. 2 BGB	125
a) Objektiv fremdes Geschäft	125
b) Rechtswidrigkeit	127
c) Subjektiver Tatbestand	127
2. Vergleich	128
II. Rechtsfolgen	128
1. Rechte des Geschäftsherrn – actio directa	128

a) Erlangtes	128
b) »Aus« der Geschäftsführung	129
aa) Innerer Zusammenhang	129
bb) Quotelung	130
2. Rechte des Geschäftsanmaßers – actio contrario	130
a) Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen	130
b) Ausschluss nach dem Rechtsgedanken der §§ 817, 853 BGB?	131
c) Aufwendungsersatz nach § 684 S. 1 BGB	132
aa) Herausgabe des Erlangten	132
(1) Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung? – Voraussetzungen der Aufwendungskondition	132
(2) Ersatzfähige Aufwendungen	133
bb) Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB	134
cc) Entreichereinwand nach § 818 Abs. 3 BGB	134
3. Keine automatische Saldierung	135
4. Darlegungs- und Beweislastverteilung	136
a) Erlösherausgabe – actio directa	136
b) Aufwendungsersatz – actio contrario	137
5. Vergleich mit der Herausgabe des Verletzergewinns	138
<i>D. Die Herausgabe des Verletzergewinns in ihrer kodifizierten Form</i>	140
<i>I. Vorgaben der Durchsetzungsrichtlinie</i>	140
<i>II. Regelung in § 139 Abs. 2 S. 2 PatG, § 24 Abs. 2 S. 2 GebrMG, § 14 Abs. 6 S. 2 MarkenG und § 42 Abs. 2 S. 2 DesignG</i>	141
1. Wortlaut der Regelung	141
2. Verhältnis der Herausgabe des Verletzergewinns zum Ausgleichsprinzip	142
3. Herausgabe des Verletzergewinns als Schadenspauschalierung?	142
4. Fazit	143
<b>Kapitel 7 Der neue Schadensbegriff im Immaterialgüterrecht</b>	145
<i>A. Veränderte Definition des Schadens</i>	145
<i>I. Konflikt der dreifachen Schadensersatzberechnung mit dem traditionellen Schadensbegriff</i>	145
<i>II. Neuer Schadensbegriff: Verletzung als Schaden</i>	146
<i>B. Kritik</i>	148
<i>I. Gefahr eines verselbstständigten Sonderprivatrechts der Immaterialgüterrechte</i>	148
<i>II. Die ursprüngliche Herleitung in der Entscheidung »Markenparfümverkäufe«</i>	148
<i>III. Vermengung von Tatbestands- und Rechtsfolgenrechte</i>	149
<i>IV. Die Argumentation mit der konsumierten Marktchance in der Entscheidung »Flaschenträger«</i>	150
<i>V. Inkonsequenz von Schadensbegriff und dreifacher Schadensersatzberechnung</i>	152
1. Unmittelbarer und mittelbarer Schaden	152
2. Beeinträchtigung des absoluten Rechts als Nichtvermögensschaden?	152
3. Beeinträchtigung des absoluten Rechts als Vermögensschaden	153
<i>C. Fazit: Aufgabe des veränderten Schadensbegriffs</i>	154

<b>Kapitel 8</b>	<b>Das Verhältnis der Berechnungsmethoden zueinander</b>	<b>157</b>
<i>A.</i>	<i>Konvergenz?</i>	157
I.	Der Wunsch nach einer Konvergenz der Berechnungsmethoden	157
II.	Überlegungen zur wirtschaftlichen Gleichwertigkeit bei Melullis und Meier-Beck	158
	1. Drei Wege zur Ermittlung des Schadensersatzes für den gleichen Schaden	158
	2. Schlussfolgerungen bei Melullis und Meier-Beck – Konvergenz durch Anheben der Beträge der Lizenzanalogie	159
III.	Überlegungen zur wirtschaftlichen Gleichwertigkeit in der »Flaschenträger«-Entscheidung des BGH	160
IV.	Kritik	161
	1. Verschiedene dogmatische Ausgangspunkte	162
	a) Entgangener Gewinn als konkreter Vermögensschaden	162
	b) Lizenzanalogie	163
	c) Herausgabe des Verletzergewinns	164
	d) Einordnung in das Stufensystem des BGB	165
	2. Vergleich der »Berechnungsmethoden«	165
	a) Entgangener Gewinn – Verletzergewinn	166
	b) Entgangener Gewinn – Lizenzanalogie	167
	c) Lizenzanalogie – Verletzergewinn	168
	3. Keine wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Ergebnisse	169
	4. Fazit	169
<i>B.</i>	<i>Kontrollüberlegung</i>	171
I.	Vergleich der Ergebnisse verschiedener Berechnungsmethoden	171
II.	Kontrollüberlegung in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung	172
III.	Das Urteil »Flaschenträger« des BGH zur Kontrollüberlegung	172
IV.	Kritik	173
	1. Kein Schluss vom entgangenen Gewinn auf Lizenzanalogie und Verletzergewinn	173
	2. Kein Schluss von den abstrakten Berechnungsmethoden auf den entgangenen Gewinn	174
	3. Schluss von der Lizenzanalogie auf den Verletzergewinn und umgekehrt?	175
	a) Unklarheit hinsichtlich der Folgen einer Kontrollüberlegung	175
	b) Übliche oder angemessene Lizenzgebühr als Vergleichsreferenz	177
	4. Konvergenzthese als unzutreffender Ausgangspunkt	178
	5. Kontrollüberlegung als Haftungsbeschränkung	179
	6. Wahlrecht des Verletzten und Kontrollüberlegung	180
	7. Fazit	181
<i>C.</i>	<i>Eskalationsstufenleiter</i>	182
	<b>Zusammenfassung und Thesen</b>	<b>185</b>
	<b>Abkürzungen</b>	<b>189</b>



<b>Literatur</b> .....	193
<b>Entscheidungsregister</b> .....	209
<b>Sachregister</b> .....	225