

SCHADENSERSATZ WEGEN VERLETZUNG DES GEISTIGEN
EIGENTUMS GEMÄß ART. 13 DURCHSETZUNGS-RL 2004/ 48

Erscheint in:
**Remien (Hrsg.), Schadensersatz im europäischen Privat- und
Wirtschaftsrecht, Tübingen 2011**

*Axel Metzger**

I. Einleitung

Geistige Eigentumsrechte, also insbesondere Urheber-, Patent-, und Markenrechte, weisen eine Reihe von Besonderheiten im Vergleich zu körperlichen Gegenständen und sonstigen absoluten Rechten auf.¹ Sie sind nicht-rivalisierend, das heißt, sie können zur gleichen Zeit an unterschiedlichen Orten von mehreren Personen genutzt werden, ohne dass die Nutzung der einen Person die Nutzung durch eine andere Person ausschließen würde.² Die damit einhergehende Ubiquität führt zugleich zu einer gesteigerten Verletzlichkeit.³ Schließlich bestehen im Hinblick auf Verletzungen geistiger Eigentumsrechte besondere Beweisprobleme. Die Ubiquität immaterieller Güter erschwert die Entdeckung und Verfolgung von Verletzungen.⁴ Diese Besonderheiten haben schon früh zur Herausbildung eigenständiger, vom

* Dr. iur. (München und Paris), LL.M. (Harvard), Professor an der Juristischen Fakultät der Leibniz Universität Hannover, Institut für Rechtsinformatik. Alle zitierten Webseiten wurden zuletzt am 03.10.2010 abgerufen.

- 1 Vgl. zum Folgenden *Thomas Dreier*, *Kompensation und Prävention*, Tübingen 2002, S. 60 ff.
- 2 Grundlegend *Arrow*, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Innovation*, in Nelson (Hrsg.), *The Rate and Direction of Economic Activities*, 1962, S. 609 ff. Aus der jüngeren volkswirtschaftlichen Literatur mit zahlreichen Nachweisen siehe *Menell/Scotchmer*, *Intellectual Property Law*, in Polinsky/Shavell (Hrsg.), *Handbook of Law and Economics*, 2007, S. 1473 ff.
- 3 *Dreier* (supra Fn. 1), 61 ff.
- 4 Eingehend *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 4. Aufl. 2005, S. 623 f.

allgemeinen Zivilrecht abweichender Grundsätze im Schadensersatzrecht geführt.⁵ Der Beliebtheit des geistigen Eigentums als Untersuchungsgegenstand hat dies in der allgemeinen schadensrechtlichen Forschung jedoch keinen Abbruch getan.⁶ Im Gegenteil, im geistigen Eigentum ist manches möglich, was im allgemeinen Schadensersatzrecht aufgrund dogmatischer Bedenken abgelehnt wird. Aus der Sicht des europäischen Privatrechts ist der Blick in das Urheber-, Patent- und Markenrecht von gesteigertem Interesse, weil es sich um einen der legislativ am engsten gewobenen Bereiche des schadensrechtlichen *acquis communautaire* handelt. Zu nennen ist hier die Richtlinie 2004/48 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchsetzungsrichtlinie),⁷ welche unionsweit einheitliche Regelungen zu den Sanktionen bei Verletzungen geistiger Eigentumsrechte festlegt und in diesem Rahmen auch eine vergleichsweise detaillierte Vorschrift zum Schadensersatz in Art. 13 bereithält. Wie die anderen Beiträge in diesem Band belegen, fehlt es in anderen Bereichen des europäischen Privatrechts bislang an vergleichbaren Regelungen. Dies wirft die Frage nach dem Modellcharakter der Vorschrift auf. Im Folgenden sollen hierfür zunächst einige Grundlagen zur Durchsetzungsrichtlinie erörtert werden (II.), bevor die Voraussetzungen des Anspruchs (III.) und die Schadensberechnung (IV.) näher beleuchtet werden. Abschließend werden kurz die Umsetzung in den Mitgliedstaaten (V.) sowie der international-rechtliche Hintergrund (VI.) behandelt.

II. Zur Durchsetzungsrichtlinie im Allgemeinen

1. Anwendungsbereich

Von Interesse ist zunächst der sachliche Anwendungsbereich der Durchsetzungsrichtlinie, weil erst dieser die Bedeutung der Schadensersatzregelung in Art. 13 erkennbar werden lässt. Ausweislich Art. 2 Abs. 1 findet die Richtlinie auf „jede Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums, die im Gemeinschaftsrecht

5 Vgl. bereits *Kobler*, Das Autorrecht, eine zivilistische Abhandlung, Jena 1880, S. 309 f.

6 Vgl. allein die einschlägigen zivilrechtlichen Monographien aus jüngerer Zeit von *Dreier* (supra Fn. 1), passim; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, Tübingen 2007, S. 212 ff.; *C. Stoll*, Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts, Tübingen 2000, passim; *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352, 373 ff.

7 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums, Abl. L 157, 30.04.2004, S. 45.

und/oder im innerstaatlichen Recht des betreffenden Mitgliedstaats vorgesehen sind, Anwendung.“ Die Vorschriften finden damit auf alle Verletzungen von Immaterialgüterrechten in der Union Anwendung, unabhängig davon, ob es sich um die Verletzung eines einheitlichen Unionschutzrechts, wie etwa der Gemeinschaftsmarke,⁸ eines harmonisierten nationalen Schutzrechts, etwa einer nationalen Marke,⁹ oder eines nicht oder kaum harmonisierten Schutzrechts handelt, etwa eines Patents oder Gebrauchsmusters. Für die Anwendung der Richtlinie ist folglich der – durchaus unterschiedliche – Harmonisierungsgrad des jeweiligen Schutzrechts ohne Bedeutung.

Betrachtet man die einzelnen Schutzrechte, so fügt sich der Harmonisierungsschritt mal besser, mal schlechter in das Gesamtbild. Im Markenrecht findet die Richtlinie sowohl bei Verletzungen der Gemeinschaftsmarke als auch bei Verletzungen der ohnehin stark harmonisierten nationalen Markenrechte Anwendung; hier bilden die Regelungen der Durchsetzungsrichtlinie quasi die Schlusssteine einer weitgehend vollständigen Europäisierung. Ähnlich stellt sich die Situation im Geschmacksmusterrecht dar, wo ebenfalls ein einheitliches Gemeinschaftsgeschmacksmuster¹⁰ und weitgehend harmonisierte nationale Rechte¹¹ zu verzeichnen sind. Im Urheberrecht, welches bislang trotz Verabschiedung von sieben Richtlinien¹² nur in Teilbereichen harmonisiert ist,¹³ bildet die

8 Siehe Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke, Abl. L 78, 24.03.2009, S. 1.

9 Siehe Richtlinie 2008/95 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken, Abl. L 299, 08.11.2008, S. 25.

10 Siehe Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, Abl. L 3, 05.01.2002, S. 1.

11 Siehe Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen, Abl. L 289, 28.10.1998, S. 28.

12 Den Anfang machte die Computerprogramm-Richtlinie v. 14.05.1991, mittlerweile Richtlinie 2009/24 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, Abl. L 116, 05.05.2009, S. 16. Den vorläufigen Schlusspunkt bilden die Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Abl. L 167, 22.06.2001, S. 1 und die Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks, Abl. L 272, 13.10.2001, S. 32.

13 Zum gegenwärtigen Stand des europäischen Urheberrechts vgl. *Leistner*, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008, passim; *Reinbothe*, Hat die Europäische Gemeinschaft dem Urheberrecht gutgetan? Eine Bilanz des Europäischen Urheberrechts, in FS. Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005, S. 483 ff.

Durchsetzungsrichtlinie eine weitere Etappe auf dem Weg zu einem europäischen Urheberrecht. Für das Patentrecht ist der Schritt bedeutsamer: hier steht bislang allein die Richtlinie 98/44/EG über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen zu Buche.¹⁴ Die Durchsetzungsrichtlinie findet allerdings auch Anwendung bei Verletzung europäischer Patente, die auf Grundlage des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ)¹⁵ erteilt worden sind. Dieses sieht keine autonomen Regelungen über die Verletzung und die Ansprüche des Patentinhabers vor, sondern verweist gemäß Art. 64 EPÜ insoweit auf das Recht der Vertragsstaaten, für die das Patent erteilt worden ist. Handelt es sich hierbei um EU-Mitgliedstaaten, so sind die Bestimmungen der Durchsetzungsrichtlinie einschlägig. Für die bislang nicht harmonisierten nationalen Gebrauchsmuster findet die Richtlinie ebenfalls Anwendung. Die Umsetzungsvorschriften stellen hier die ersten europäisch überlagerten Vorschriften überhaupt dar.

2. Allgemeine Prinzipien

Von übergeordnetem Interesse sind die in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie genannten allgemeinen Prinzipien, die bei der Umsetzung und Anwendung der spezifischen Vorschriften der Richtlinie zu beachten sind. Dort heißt es: „Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen darüber hinaus wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein und so angewendet werden, dass die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird und die Gewähr gegen ihren Missbrauch gegeben ist.“ Die Grundsätze der Wirksamkeit (oder „Effektivität“) und Verhältnismäßigkeit des europäischen Rechts sind allgemeiner Natur und gelten im Sanktionenrecht so wie anderenorts.¹⁶ Gleiches gilt für das Verbot des Rechtsmissbrauchs am Ende von Art. 3 Abs. 2.¹⁷

Von besonderem Interesse ist die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur

14 Richtlinie 98/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 1998 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen, Abl. L 213, 30.07.1998, S. 13.

15 Europäisches Patentübereinkommen, revidiert in München am 29. November 2000, BGBl. 2007 II, S. 1082, 1129.

16 Vgl. hierzu *Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009, S. 332 f. und 326 ff. jeweils m.w.N.

17 Hierzu allgemein *Metzger*, Abuse of Law in EU Private Law: A (Re-)Construction from Fragments, in de la Feria/Vogenauer (Hrsg.), Prohibition of Abuse of Law: A New General Principle of EC Law?, Oxford 2010/11, im Erscheinen. Vgl. auch die anderen Beiträge in diesem Band.

Implementierung abschreckender Sanktionen. Der Standort der Vorschrift lässt nur den Schluss zu, dass sich die abschreckende Wirkung auch (oder gerade) durch Schadensersatzansprüche gemäß Art. 13 ergeben soll. Diese Funktion überschreitet das klassische mit Schadensersatz bezweckte Ziel der Kompensation und zielt auf eine Verhaltenssteuerung durch zivilrechtliche Sanktionen ab.¹⁸ Allerdings darf dies gemäß Erwägungsgrund 26 nicht so verstanden werden, dass der Schadensersatz als Strafe anzusehen wäre. Die Durchsetzungsrichtlinie hat keine „punitive damages“ US-amerikanischer Prägung in das europäische Immaterialgüterrecht eingeführt.

III. Voraussetzungen des Anspruchs

1. Rechtsverletzung

Die Durchsetzungs-Richtlinie setzt den Begriff der „Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums“ voraus, ohne ihn näher zu definieren. Ob eine Verletzung von Urheber-, Marken- oder Patentrechten vorliegt, ist damit den jeweiligen Vorschriften des harmonisierten oder nicht harmonisierten nationalen Rechts oder, sofern es um Verletzungen von einheitlichen Unionsschutzrechten wie der Gemeinschaftsmarke handelt, der jeweiligen europäischen Verordnung zu entnehmen. Ein aus der Sicht des allgemeinen Zivilrechts ungewohntes, jedoch für das geistige Eigentum typisches Strukturmerkmal bilden hierbei die in den Gesetzen und Verordnungen im Einzelnen ausformulierten Verbotsrechte des Rechtsinhabers. Geistige Eigentumsrechte gewähren stets nur partielle Exklusivität. Der Inhaber kann nicht jedwede Nutzung des Schutzgegenstands untersagen, sondern nur die im Gesetz mehr oder weniger präzise formulierten spezifischen, ihm vorbehaltenen Nutzungshandlungen. So heißt es beispielsweise in Art. 9 Abs. 1 der Gemeinschaftsmarkenverordnung 207/2009¹⁹ zum „Recht aus der Gemeinschaftsmarke“: „(1) Die Gemeinschaftsmarke gewährt ihrem Inhaber ein ausschließliches Recht. Dieses Recht gestattet es dem Inhaber, Dritten zu verbieten, ohne seine Zustimmung im geschäftlichen Verkehr a) ein mit der Gemeinschaftsmarke identisches Zeichen für Waren oder Dienstleistungen zu

18 Klassisch die Einleitung von Staudinger-*Schiemann* (Neubearbeitung 2005), Vorbem zu §§ 249 ff., Rz. 2 f.

19 *Supra* Fn. 8.

benutzen, die mit denjenigen identisch sind, für die sie eingetragen ist; b) ein Zeichen zu benutzen, wenn wegen der Identität oder Ähnlichkeit des Zeichens mit der Gemeinschaftsmarke und der Identität oder Ähnlichkeit der durch die Gemeinschaftsmarke und das Zeichen erfassten Waren oder Dienstleistungen für das Publikum die Gefahr von Verwechslungen besteht; (...).“ Es ist also keineswegs so, dass jede Verwendung einer Marke von der Erlaubnis des Markeninhabers abhängt. Liegen die Voraussetzungen des Tatbestands im Einzelfall nicht vor, so bestehen keine Verbotsrechte des Markeninhabers mit der Folge, dass eine Verletzung durch den Anspruchsgegner zu verneinen ist. Entsprechend Kataloge von Verbotsrechten finden sich auch im Urheber-, Patent- und Geschmacksmusterrecht. Sie sind für das Vorliegen einer „Rechtsverletzung“ im Sinne von Art. 13 der Durchsetzungs-Richtlinie maßgeblich.

2. Rechtswidrigkeit

Art. 13 Durchsetzungs-Richtlinie erwähnt die Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs nicht ausdrücklich. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich in Anbetracht der deutlichen Unterschiede, die die nationalen Regelungen zum Schadensrecht hinsichtlich der Rechtswidrigkeit aufweisen.²⁰ Einigkeit besteht jedoch dahingehend, dass jedenfalls beim Vorliegen von Rechtfertigungsgründen eine Haftung ausscheidet.²¹

Rechtfertigungsgründe sind im geistigen Eigentum von eminenter Bedeutung. Das Interesse der Allgemeinheit an einem möglichst ungehinderten Zugang zu technischen Innovationen sowie Medien- und Kulturinhalten hat zur Herausbildung spezifischer Rechtfertigungsgründe im Recht des geistigen Eigentums geführt.²² Am

20 Siehe hierzu *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, Tübingen 2003, S. 113 ff. Auch die Principles of European Tort Law (PETL) verzichten auf die Rechtswidrigkeit als Haftungsvoraussetzung, siehe Art. 1:101 PETL sowie den Beitrag von *Kozjol* in diesem Band. Vgl. aber auch die Entscheidung EuGH, 28.4.1971, Rs. 4/69, Slg. 1971, 325 – *Lütticke/Kommission* (Rz. 10), in welcher der Gerichtshof das Merkmal der Rechtswidrigkeit ausdrücklich als Voraussetzung des Anspruchs aus Art. 340 AEUV (Art. 288 EG a.F.) benennt. Ähnlich auch EuGH, 4.10.1979, Rs. 64/76 u.a., Slg. 1979, 3091 – *Dumortier/Rat* (Rz. 21).

21 Vgl. *Wurmnest* (supra Fn. 20), S. 113 ff. Siehe auch Art. 7:101 PETL.

22 Für eine grundlagenorientierte Rechtfertigung von Urheberrechtsschranken vgl. *Metzger*, Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: "Fair use" oder enge Einzeltatbestände?, in *Leistner* (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, S. 101, 102 ff. m.w.N.

augenfälligsten ist dies im Urheberrecht. Art. 5 der Richtlinie 2001/29 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft²³ beinhaltet eine lange Liste sogenannter „Schranken“ des Urheberrechts, die die Nutzung geschützter Inhalte erlaubnisfrei stellen und damit eine rechtswidrige Verletzung ausschließen. Ähnliche, wenn auch weniger ausdifferenzierte Schrankenkataloge enthalten die europäischen Instrumente zum Markenrecht²⁴ und Geschmacksmusterrecht²⁵ sowie die nationalen Patentgesetze, etwa die §§ 11 bis 13 des deutschen Patentgesetzes, Section 60 para. 5 des britischen Patents Act 1977 oder Art. L. 613-5 des französischen Code de la propriété intellectuelle. Greift ein nationaler oder europäischer Rechtfertigungsgrund ein, so ist der Anspruch aus Art. 13 Durchsetzungs-Richtlinie ausgeschlossen.

3. Verschulden

Gemäß Art. 13 Abs. 1 Durchsetzungs-Richtlinie schuldet Schadensersatz, wer „wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm.“ Die Vorschrift umfasst damit Vorsatz und jede Form von Fahrlässigkeit.²⁶ Ein solcher Haftungsmaßstab fügt sich in die Tradition derjenigen Mitgliedstaaten ein, die bisher von einer verschuldensabhängigen Haftung im geistigen Eigentum ausgegangen sind, jedoch für Gewerbetreibende strenge Sorgfaltspflichten angenommen haben. In Deutschland gilt etwa der Grundsatz, dass jedenfalls von größeren Unternehmen die Kenntnis der für das jeweilige Fachgebiet einschlägigen Patente und Patentanmeldungen erwartet wird („Patente muss man kennen.“).²⁷ Sie müssen die Anmeldungen verfolgen und regelmäßig die Patente der Wettbewerber prüfen. Nur bei kleineren Unternehmen und nicht-spezialisierten Händlern sind die Anforderungen niedriger. Ähnlich wird auch im Urheberrecht ein strenger Maßstab angelegt. So trifft beispielsweise den Verleger die Pflicht, das

23 Supra Fn. 12.

24 Art. 12 und 13 der Gemeinschaftsmarkenverordnung 207/2009 (supra Fn. 8), Art. 6 und 7 der Markenrichtlinie 2008/95 (supra Fn. 9) („Beschränkungen“).

25 Art. 20 bis 23 Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung 6/2002 (supra Fn. 10), Art. 13 bis 15 der Geschmacksmusterrichtlinie 98/71 (supra Fn. 11).

26 So zu Recht Walter/von Lewinski-Walter/Goebel, European Copyright Law: A Commentary, 2010, Rz. 13.13.9 m.w.N.

27 BGH, 14.01.1958, GRUR 1958, 288, 290 - *Dia-Rähmchen*; BGH, 03.03.1977, GRUR 1977, 598, 601 - *Autoskooter-Halle*. Zum Ganzen Benkard-Rogge/Grabinski, Patentgesetz, 10. Aufl. 2006, § 139 Rz. 47 ff.

Vorliegen einer Einwilligung oder eines Nutzungsrechts zu prüfen, bevor er einen Beitrag veröffentlicht. Gleiches gilt für andere professionelle Medienunternehmen.²⁸ Ähnlich strenge Maßstäbe legt die englische Rechtsprechung im Urheber- und Patentrecht an.²⁹ Diese Grundsätze sind mit Artikel 13 vereinbaren.³⁰

Weniger eindeutig ist die Kompatibilität einer verschuldensunabhängigen Haftung mit der Richtlinie. Eine solche Lösung findet sich traditionell in Frankreich³¹ und weiteren Mitgliedstaaten.³² Die Richtlinie folgt allerdings dem Konzept der Mindestharmonisierung und lässt gemäß Art. 2 Abs. 1 Regelungen der Mitgliedstaaten unberührt, die für den Rechtsinhaber günstiger sind. Folglich wird man auch künftig strikte Haftungsregelungen in Europa vorfinden. Dies ist im Bereich des Patent- und Markenrechts hinnehmbar, weil hier ohnehin nur gewerbliche Nutzungen die Haftung auslösen können. Dagegen drohen im Urheberrecht auch bei privaten Nutzungen Schadensersatzansprüche. Dass die Rechtsinhaber nicht davor zurückschrecken, Schüler und andere Privatpersonen wegen Urheberrechtsverletzungen im Internet, etwa durch von Nutzung von Tauschbörsen, auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen haben die letzten Jahre deutlich gemacht. Hier sollte eine Entlastung wegen fehlenden Verschuldens ermöglicht werden.³³ Dies gilt insbesondere, wenn als Schadensersatz mehr als die bloße Kompensation verlangt werden kann (hierzu sogleich).

28 Eingehend m.w.N. Wandtke/Bullinger-von Wolff, Urheberrecht, 3. Aufl. 2009, § 97 Rz. 52 ff. m.w.N.

29 *Lancer Boss v. Henley Fork-Lift* (1975) R.P.C. 307; *Byrne v. Statist* (1914) 1 K.B. 622. Im Markenrecht wird auch bei unvermeidbarer Unkenntnis Schadensersatz zugesprochen. Siehe zum Ganzen *William R. Cornish/David Lewelyn*, Intellectual Property, 6. Aufl. 2007, Rz. 2-42.

30 So auch *Frey*, EU-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ZUM 2004, 522, 528 f.

31 Für das Urheberrecht: Cass., 10.05.1995, Bull. civ. I, N° 203; kritisch hierzu *André Lucas/Henri-Jacques Lucas*, Traité de la propriété littéraire et artistique, 3. Aufl. 2006, Rz. 979. Für das Patentrecht s. *Jean-Christophe Galloux*, Droit de propriété industrielle, 2. Aufl. 2003, S. 209, für das Markenrecht s. *André R. Bertrand*, Droit de Marques, 2. Aufl. 2005, S. 264 f.

32 Siehe bspw. Art. 140 des spanischen Ley de propiedad intelectual. Vgl. auch Art. 79 des polnischen Urheberrechtsgesetzes (Prawo autorskie) von 1994.

33 Die Gefahren der uneingeschränkten Anwendung des urheberrechtlichen Sanktionenrechts gegenüber Privatpersonen ist mittlerweile auch dem deutschen Gesetzgeber bewusst. Gleichzeitig mit der Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie wurde in § 97a Abs. 2 UrhG eine Decklung der Abmahnkosten für „Bagatellfälle“ eingefügt, um Missbrauch vorzubeugen. Vgl. hierzu die Begründung des Regierungsentwurfs vom 20.4.2007, BT-Drucks. 16/5048, S. 48.

IV. Schaden

1. Schadensberechnung im Überblick

Die Besonderheiten des Schadensersatzrechts im geistigen Eigentum zeigen sich vor allem bei der Schadensberechnung. Art. 13 Abs. 1 S. 2 Durchsetzungsrichtlinie sieht in lit. a) und b) auf den ersten Blick zwei Alternativen für die Schadensberechnung vor. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass dem Rechtsinhaber sogar drei Wege offen stehen. Gemäß lit. a) berücksichtigen die Gerichte bei der Festsetzung des Schadensersatzes „alle in Frage kommenden Aspekte, wie die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen, einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei und der zu Unrecht erzielten Gewinne des Verletzers, sowie in geeigneten Fällen auch andere als die rein wirtschaftlichen Faktoren, wie den immateriellen Schaden für den Rechtsinhaber.“ Damit kann der Rechtsinhaber sowohl seine eigenen Vermögenseinbußen als auch den Gewinn des Verletzers als Grundlage seines Ersatzanspruchs heranziehen. Gemäß lit. b) können die Gerichte „stattdessen in geeigneten Fällen den Schadensersatz als Pauschalbetrag festsetzen, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie mindestens dem Betrag der Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte.“ Damit kann der Rechtsinhaber für die Schadensberechnung seine Vermögenseinbuße, den Gewinn des Verletzers oder den in lit. b) genannten Pauschalbetrag zugrundelegen. Lit. a) kann dabei so verstanden werden, dass auch eine Kombination von Vermögenseinbuße und Gewinnherausgabe europarechtlich zulässig, wenn auch nicht zwingend ist, während die in lit. b) genannte Lizenzanalogie nur alternativ zu den in lit. a) genannten Berechnungsmethoden herangezogen werden darf.³⁴

2. Negative wirtschaftliche Auswirkungen

Die Nicht-Rivalität immaterieller Schutzgüter hat Konsequenzen für die Schadensbemessung und insbesondere für die von Art. 13 Abs. 1 S. 2 lit. a) Durchsetzungsrichtlinie an erster Stelle genannten „negativen wirtschaftlichen

³⁴ Walter/von Lewinski-Walter/Goebel (supra Fn. 26), Rz. 13.13.14 m.w.N.

Auswirkungen“. Der Rechtsinhaber hat oftmals Schwierigkeiten zu belegen, ob und in welcher Höhe sein Vermögen durch die Rechtsverletzung gemindert worden ist. Schließlich können er (und Dritte) das geschützte Werk oder die geschützte Erfindung weiterhin nutzen, auch wenn eine Verletzung des Urheber- oder Patentrechts zu beklagen ist. Der Nachweis einer wirtschaftlichen Entwertung des Immaterialguts oder sonstiger nachteiliger Folgen für das Vermögen des Rechtsinhabers ist dadurch erschwert.³⁵ Beispiele aus der Rechtsprechung sind hier rar, die Anforderungen an das Vorbringen des Klägers sind hoch.³⁶

Gänzlich ausgeschlossen ist der Nachweis einer echten Vermögensminderung im Sinne eines *damnum emergens* allerdings auch im Immaterialgüterrecht nicht, wie der im deutschen Recht anerkannte „Marktverwirrungsschaden“ zeigt. Eine Rechtsverletzung kann den Wert einer Marke oder eines Unternehmenskennzeichens beschädigen, etwa wenn das Vertrauen von Verbrauchern in die Qualität der Markenprodukte beschädigt wird, das mit einer bestimmten Marke verbundene Image verwässert oder allgemein die Kennzeichenkraft gemindert wird.³⁷ Ein entsprechender „Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden“ wurde vom Bundesgerichtshof zunächst für das Markenrecht³⁸ und später auch für das Geschmacksmusterrecht anerkannt.³⁹ Sofern der Rechtsinhaber eine auf die Irreführung der Verkehrskreise zurückzuführende Vermögenseinbuße nachweisen kann, kommt ein entsprechender Schadensersatzanspruch in Frage.

Im Einzelfall kann es dem Rechtsinhaber zudem gelingen, den durch die Rechtsverletzung entgangenen Gewinn (*lucrum cessans*) zu beziffern.⁴⁰ Denkbar sind der konkrete Nachweis entgangener Lizenzeinnahmen oder rückläufiger

35 Deutlich BGH, 02.11.2000, GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*: „Es liegt in der Natur der Immaterialgüterrechte, dass im Einzelfall kaum feststellbar und beweisbar ist, welcher Gewinn dem Rechtsinhaber dadurch entgangen ist, dass der Verletzte in das ihm zugewiesene Ausschließlichkeitsrecht eingegriffen und damit seine eigenen Möglichkeiten zur Auswertung des Rechts geschmälert hat.“

36 Vgl. zum Folgenden *Dreier* (supra Fn. 1), S. 244 ff.; *Cornish/Llevelyn* (supra Fn. 29), Rz. 2-40.

37 BGH, 12.02.1987, GRUR 1987, 364 – *Vier-Streifen-Schub*.

38 BGH, 23.11.1956, GRUR 1957, 222, 223 – *Sultan*. Vgl. auch *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, Vorbemerkungen zu §§ 14-19d, Rz. 274 m.w.N.

39 BGH, 03.07.1974, GRUR 1975, 85, 87 – *Clarissa*.

40 Zu den Schwierigkeiten des Nachweises des entgangenen Gewinns siehe im deutschen Recht siehe BGH, 06.03.1980, BGHZ 77, 16 – *Tolbutamid*.

Verkaufszahlen der eigenen Produkte.⁴¹ Auch kann der Rechtsinhaber gezwungen sein, die eigenen Preise nach unten zu korrigieren, um am Markt gegen die Konkurrenz des Verletzers noch bestehen zu können.⁴² Bei entsprechenden Schadenspositionen ist der Nachweis der Kausalität aber vielfach problematisch. Im Hinblick auf entgangene Lizenzeinnahmen ist die Kausalität bereits zu verneinen, wenn der Rechtsinhaber auch im Fall einer Anfrage durch den Verletzer keine Lizenz erteilt hätte, etwa weil er grundsätzlich für das betreffende Schutzrechte keine Lizenzen erteilt oder aus anderen Gründen ein entsprechendes Lizenzgeschäft unwahrscheinlich war.⁴³

3. Herausgabe des Gewinns

Die beschriebenen Schwierigkeiten bei der Bemessung und dem Nachweis negativer wirtschaftlicher Auswirkungen haben im Immaterialgüterrecht bereits früh zur Herausbildung von Besonderheiten geführt. Eine erste Eigenheit gegenüber dem allgemeinen Schadensersatzrecht besteht in der nunmehr auch in Art. 13 Abs. 1 S. 2 Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Möglichkeit, den Gewinn des Verletzers als Schadensersatz herauszuverlangen. Die Gewinnherausgabe war bereits vor Umsetzung der Richtlinie in einigen Mitgliedstaaten anerkannt, etwa in Deutschland,⁴⁴ Polen⁴⁵ und dem Vereinigten Königreich.⁴⁶ In anderen Mitgliedstaaten wurde sie dagegen abgelehnt, so etwa in Frankreich,⁴⁷ Schweden⁴⁸ und Spanien.⁴⁹

Bei einer systematischen Betrachtungsweise passt die Rechtsfolge der

41 *Cornish/Llewelyn* (supra Fn. 29), Rz. 2-40.

42 Siehe Benkard-Rogge/*Grabinski* (supra Fn. 27), § 139 Rz. 62.

43 Vgl. hierzu BGH, 27.11.1969, GRUR 1970, 296, 298 – *Allzweck-Landmaschine*.

44 Siehe § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG a.F.: „An Stelle des Schadenersatzes kann der Verletzte die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, und Rechnungslegung über diesen Gewinn verlangen.“

45 Siehe Art. 79 des polnischen Urheberrechtsgesetzes (*Prawo autorskie*) von 1994.

46 *Cornish/Llewelyn* (supra Fn. 29), Rz. 2-43.

47 Die Rechtsprechung war bis in die 1960er Jahre im Patentrecht von der Zulässigkeit der Schadensberechnung auf Grundlage des Verletzergewinns ausgegangen, schwenkte dann aber um, siehe noch bejahend Cour de Paris, 30.11.1967, Ann. prop. ind. 1968, 77, dann aber verneinend Cour de Paris, 05.05.1971, Ann. prop. ind. 1971, 263. Siehe hierzu *Martin*, *Le nouveau régime des dommages-intérêts de contrefaçon de titres de propriété intellectuelle selon la Directive européenne* du 29 Avril 2004, *Propriété Industrielle* 2004, 12, 13.

48 Siehe § 55 des schwedischen Urheberrechtsgesetzes (*Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*) (alte Fassung).

49 Siehe Art. 135 des spanischen Ley de propiedad intelectual (alte Fassung).

Gewinnherausgabe denkbar schlecht in das Schadensersatzrecht, ist dieses doch – wie der Begriff bereits sagt – auf den Ersatz erlittener Nachteile im Wege des Ausgleichs ausgerichtet und nicht auf die Abschöpfung rechtswidrig erlangter Vorteile.⁵⁰ Dass sich eine Gleichsetzung der Gewinne des Verletzers mit den Einbußen des Rechtsinhabers verbietet, liegt dabei auf der Hand. Im Einzelfall mögen die beiden Beträge zufällig deckungsgleich sein, im Regelfall fallen die Beträge aber auseinander.⁵¹ Die Umsätze des Verletzers hängen von seinem kaufmännischen Geschick ab und können nicht ohne Weiteres auf den Rechtsinhaber projiziert werden. Gleiches gilt für die Kosten.⁵²

Handelt es sich bei der Rechtsfolge der Gewinnherausgabe also um eine Verquickung von Schadenersatz- und Bereicherungsrecht? Auch diese Annahme unterliegt Zweifeln, jedenfalls wenn man wie im deutschen bürgerlichen Recht davon ausgeht, dass der Bereicherungsschuldner nur um die Möglichkeit der Nutzung des immateriellen Gutes bereichert ist, während der tatsächlich erwirtschaftete Gewinn nicht als solches abgeschöpft werden kann.⁵³ Hier greift wiederum der Gedanke, dass der Gewinn beim Bereicherungsschuldner verbleiben soll, soweit er auf seiner Leistung beruht. Ein insoweit unbeschränkter Gewinnherausgabeanspruch findet sich im deutschen Recht – abgesehen vom Sonderfall des § 816 Abs. 1 BGB – nur in der (unechten) Geschäftsführung ohne Auftrag in §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667 BGB, welche im internationalen Vergleich jedoch kaum ein Gegenstück findet⁵⁴ und zudem die schärfere Haftungsvoraussetzung, nämlich Vorsatz, verlangt. Insoweit ist die These, wonach die Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht Elemente des Schadensersatzrechts mit der Geschäftsführung ohne Auftrag kombiniere, durchaus

50 So die klassische Vorstellung etwa bei *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 514 ff.

51 Insofern fragwürdig BGH, 02.11.2000, GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*. „Es wird dabei, um dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, fingiert, dass der Rechtsinhaber ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung seines Schutzrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte.“ Bedenklich auch *Bonadio*, Remedies and Sanctions for the Infringement of Intellectual Property Rights under EC Law EIPR 2008, 320, 324 f.

52 Deutlich *Aktiebolaget Mannus v. Fullwood & Bland* (1955) 71 R.P.C 243, 249 per Danckwerts, J.: „The prosperity of the Defendants is not necessarily the measure of the Plaintiff's loss.“ So auch eingehend *Dreier* (supra Fn. 1), 276. Siehe auch *Cornish/Llewelyn* (supra Fn. 29), Rz. 2-40.

53 Ebenso *Dreier* (supra Fn. 1), 277 f.

54 Sie spielt auch keine Rolle in der Diskussion um die Sinnhaftigkeit und den Zuschnitt europäischer Prinzipien der *negotiorum gestio*, siehe hierzu Art. V. 1:101 ff. des Draft Common Frame of Reference.

fragwürdig.⁵⁵

Die Gewinnherausgabe bei einfachem Verschulden ist damit eine der erhöhten Verletzlichkeit des geistigen Eigentums und den Schwierigkeiten der Ermittlung des konkreten Schadens geschuldete *besondere* Kombination aus Tatbestand und Rechtsfolge, die sich in die konventionellen Systemvorstellungen nicht ohne Weiteres einfügt.⁵⁶ Der Vergleich mit den anderen außervertraglichen Schuldverhältnissen ist gleichwohl von Interesse, weil er deutlich macht, dass es sich bei der Gewinnherausgabe um eine weitreichende Haftungsfolge handelt, die dementsprechend auch an erhöhte Anforderungen bei den Haftungsvoraussetzungen geknüpft sein sollte.⁵⁷ Der Gewinnabschöpfung wohnt ein pönales Element inne, die abschreckende Wirkung ist deutlicher ausgeprägt als beim einfachen kompensatorischen Schadensersatz.⁵⁸ Es erscheint deswegen auch als fragwürdig, ob die Kombination aus verschuldensunabhängiger Haftung einerseits, wie sie sich in manchen Mitgliedstaaten noch nach der Umsetzung der Richtlinie findet, und der uneingeschränkten Gewinnherausgabe verhältnismäßig ist. Die gleiche Frage stellt sich, wenn auch etwas weniger dringlich, im Hinblick auf die strengen Sorgfaltspflichten, die in Deutschland und im Vereinigten Königreich für gewerbliche Verletzer aufgestellt werden.⁵⁹ Der Gesetzgeber der Durchsetzungsrichtlinie hat die Frage nach der Verhältnismäßigkeit allerdings eindeutig bejaht, da Art. 13 Abs. 2 die Gewinnherausgabe auch bei einer unverschuldeten Verletzung zuspricht.

55 Der Vergleich der Gewinnabschöpfung im Immaterialgüterrecht mit der Geschäftsführung ohne Auftrag hat Tradition, siehe bereits *Kobler* (supra Fn. 5), 309 f. sowie RG, 22.10.1930, RGZ 130, 108, 110. Siehe aus dem aktuellen Schrifttum auch *Walter/von Lewinski-Walter/Goebel* (supra Fn. 26), Rz. 13.13.13 m.w.N. Skeptisch dagegen *Haedicke*, Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, GRUR 2005, 529, 530.

56 Siehe hierzu auch *Koziol*, Gewinnherausgabe bei sorgfaltswidriger Verletzung geschützter Güter, in FS. Medicus zum 80. Geburtstag, 2009, S. 237 ff.

57 Ebenso *Koziol*, a.a.O., S. 247 ff. sowie *Wagner*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. 1, 2006, A 97.

58 Siehe hierzu *Caron*, La loi du 29 octobre 2007 dite „de lutte contra la contrefaçon“, JCP 2007, I 205, S. 24, 29. In diese Richtung auch *Pollaud-Dulian*, Chroniques Propriétés incorporelles, Propriété littéraire et artistique, RTDcom. 2008, 70, 73. Vgl. auch BGH, 02.11.2000, GRUR 2001, 329, 331 – *Gemeinkostenanteil*. „Die Abschöpfung des Verletzergewinns dient dabei auch der Sanktionierung des schädigenden Verhaltens (...) und auf diese Weise auch der Prävention gegen eine Verletzung der besonders schutzbedürftigen Immaterialgüterrechte.“ Zustimmend *Amschwitz*, Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht, Tübingen 2008, S. 311.

59 Skeptisch *Haedicke* (supra Fn. 55), 535.

Der Anspruch auf Herausgabe des aus der Verletzung erzielten Gewinns setzt voraus, dass der Rechtsinhaber die Gewinne des Verletzers beziffern kann.⁶⁰ Insoweit ist Art. 8 Durchsetzungsrichtlinie von Bedeutung, der einen weitreichenden Informationsanspruch gegen den Verletzer (und Dritte) vorsieht. Der Rechtsinhaber kann gem. Art. 8 Abs. 2 lit. b) unter anderem Auskunft verlangen über „die Mengen der hergestellten, erzeugten, ausgelieferten, erhaltenen oder bestellten Waren und über die Preise, die für die betreffenden Waren oder Dienstleistungen gezahlt wurden.“ Auch wenn der Rechtsinhaber keine Auskunft zu den entgegenstehenden Kosten des Verletzers verlangt, wird der Verletzer hierzu vortragen, um den ermittelten Gewinn möglichst klein zu rechnen. Der allein auf den Umsatz gerichtete Auskunftsanspruch dürfte insoweit den Anforderungen der Praxis in der Regel genügen.

4. Lizenzanalogie

Ein weiteres Spezifikum der Schadensbemessung im Immaterialgüterrecht findet sich in Art. 13 Abs. 1 lit. b) der Durchsetzungsrichtlinie. Danach können die mitgliedstaatlichen Gerichte „in geeigneten Fällen den Schadensersatz als Pauschalbetrag festsetzen, und zwar auf der Grundlage von Faktoren wie mindestens dem Betrag der Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts des geistigen Eigentums eingeholt hätte.“ In der Praxis spielt die sogenannte „Lizenzanalogie“ eine hervorgehobene Rolle.⁶¹ Oft kann der Rechtsinhaber seinen konkreten Schaden nicht beziffern. Fehlt es zudem an nennenswerten Gewinnen auf der Seite des Verletzers oder scheut der Rechtsinhaber die mit der Ermittlung verbundenen Schwierigkeiten, so bietet die pauschalierte Schadensberechnung auf Grundlage einer fiktiven Lizenzgebühr noch immer einen gangbaren Weg.

Die Lizenzanalogie war bereits vor Umsetzung der Richtlinie in zahlreichen

⁶⁰ Zur besonderen Bedeutung der Informationsansprüche im Immaterialgüterrecht siehe *Dreier* (supra 1), S. 557 ff.

⁶¹ Siehe etwa *Dreier/Schulze-Dreier*, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 97, Rz. 61 („in den allermeisten Fällen“); *Benkard-Rogge/Grabinski* (supra 27), § 139 Rz. 61 („wird am häufigsten gewählt“). Laut *Haft/Reimann*, Zur Berechnung des Verletzergewinns nach der Gemeinkostenanteil-Entscheidung des BGH vom 2. 11. 2000, Mitt. 2003, 437 erfolgt in 95% der Fälle eine Schadensberechnung im Wege der Lizenzanalogie.

Mitgliedstaaten anerkannt, jedoch mit erheblichen Unterschieden in der Ausgestaltung. So wurde schon vor Richtlinienumsetzung in Frankreich,⁶² Schweden,⁶³ Spanien⁶⁴ und dem Vereinigten Königreich⁶⁵ ein entsprechender pauschalierter Schadenersatz in Höhe einer einfachen Lizenzgebühr zugesprochen. In Deutschland ist die Berechnungsmethode ebenfalls seit langem anerkannt,⁶⁶ in Einzelfällen wurde aber auch ein Aufschlag auf die fiktive einfache Lizenzgebühr zugestanden. Dies betraf die Geltendmachung von Ansprüchen durch Verwertungsgesellschaften, welchen insoweit ein Zuschlag für die Bereithaltung des Kontrollapparats zugestanden wurde (so genannter GEMA-Zuschlag).⁶⁷ In anderen Staaten, insbesondere in Österreich⁶⁸ und Polen⁶⁹, wurde dagegen eine zweifache Lizenzgebühr zugesprochen. In Polen konnte sich der Schadenersatz sogar auf eine dreifache Lizenzgebühr erhöhen, wenn der Verletzer schuldhaft gehandelt hat.⁷⁰

Die Erhöhung auf die doppelte oder sogar dreifache Lizenzgebühr bezweckt eine verstärkte abschreckende Wirkung.⁷¹ Droht dem Verletzer für den Fall der Schadenersatzersatzklage nur dasjenige, was er auch bei Abschluss eines Vertrags bezahlen muss, so ist der Anreiz für den Vertragsschluss gering. Natürlich kommen im Fall der Schadenersatzklage zusätzliche Prozess- und Anwaltskosten auf den Verletzer zu. Bei der massenweisen Nutzung von geschützten Werken kann es sich dennoch rechnen, nur im Klagefall zu zahlen, etwa wenn ein Zeitschriftenverlag bei der Klärung der Fotorechte systematisch „unsauber“ arbeitet. Der ursprüngliche Richtlinienentwurf der Kommission sah dementsprechend auch die zweifache

62 Siehe hierzu *Martin* (supra Fn. 47), 13, der von Aufschlägen in Höhe von 1-2 % auf die einfache fiktive Lizenzgebühr berichtet.

63 Siehe § 54 des schwedischen Urheberrechtsgesetzes (*Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk*) (alte Fassung).

64 Siehe Art. 135 des spanischen *Ley de propiedad intelectual* (alte Fassung).

65 *Meters v. Metropolitan Gas Meters* (1911) 28 R.P.C. 157, 163-165 per Fletcher Moulton L.J. Siehe auch *Cornish/Llewelyn* (supra Fn. 29), Rz. 2-40 f.

66 Siehe bereits RG, 08.06.1895, RGZ 35, 63, 67 f. - *Ariston*.

67 Siehe BGH, 10.03.1972, BGHZ 59, 286 – *Doppelte Tarifgebühr* sowie eingehend *Dreier* (supra 1), S. 293 ff.

68 Siehe § 87 Abs. 3 österreichisches Urheberrechtsgesetz (a.F.).

69 Siehe Art. 79 des polnischen Urheberrechtsgesetzes (*Prawo autorskie*) von 1994.

70 A.a.O.

71 *Dreier* (supra 1), S. 180 ff.

Lizenzgebühr als Regelfall vor.⁷² Bei gewerblichen Verletzern kann eine solche Regelung in der Tat sinnvoll sein. Bei privaten Beklagten dürfte sie dagegen in vielen Fällen unverhältnismäßig sein.⁷³ Es ist deswegen zu begrüßen, dass die schließlich verabschiedete Fassung der Richtlinie keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Gewährung doppelter Lizenzgebühren mehr vorsieht.⁷⁴ Da es sich bei der nunmehr vorgesehenen einfachen Lizenzgebühr aber um einen Mindestbetrag („mindestens dem Betrag der Vergütung“) handelt, steht es den Mitgliedstaaten im Grundsatz frei, auch weiterhin eine erhöhte Lizenzgebühr vorzusehen. Ob diese Befugnis im Einzelfall auch den Gerichten zusteht, hängt von der Umsetzung durch den betreffenden Mitgliedstaat ab. Eine Obergrenze bildet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie. Zweifel bestehen nicht nur bei exorbitant hohen Pauschalbeträgen, sondern auch dann, wenn erhöhte Schadenersatzsummen mit einer verschuldensunabhängigen Haftung kombiniert werden. Dies ist in Polen auch nach Umsetzung der Richtlinie der Fall, da die zweifache Lizenzgebühr hier auch ohne Verschulden vorgesehen ist.⁷⁵ Da Schadenersatz in dieser Höhe nicht mehr als rein kompensatorische Ausgleichzahlung gerechtfertigt werden kann, sondern auch abschreckenden Charakter haben soll, sollte nicht zugleich auf das Verschuldenserfordernis verzichtet werden: *nulla poena sine culpa*.⁷⁶

5. Immaterielle Schäden

Nur unzureichend berücksichtigt in Art. 13 ist die Entschädigung für immaterielle Schäden. Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Entschädigung bei Verletzungen des Urheberpersönlichkeitsrechts. Dass dieser Aspekt stiefmütterlich behandelt wird, fügt sich in das Gesamtbild des urheberrechtlichen *acquis*

72 Art. 17 Abs. 1 lit. b) des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Rates und des Parlaments über die Maßnahmen und Verfahren zum Schutz der Rechte an geistigem Eigentum vom 30.01.2003, KOM (2003) 46 endg.

73 Vgl. hierzu im Einzelnen *Metzger/Wurmnest*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Sanktionenrecht des geistigen Eigentums?, ZUM 2003, 922, 931 f. m.w.N.

74 Für die Einführung der doppelten Lizenzgebühr *Bodewig/Wandtke*, Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie, GRUR 2008, 220, 225 ff.

75 Skeptisch hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der polnischen Umsetzungsvorschrift auch *Walter/von Lewinski-Czajkowska-Dąbrowska* (supra Fn. 26), S. 1346 f.

76 Ähnlich *Walter/von Lewinski-Walter/Goebel* (supra Fn. 26), Rz. 13.13.16 am Ende.

communautaire, welcher das „droit moral“ bisher gänzlich vernachlässigt.⁷⁷ Kompetenzielle Gründe würden einer Rechtsangleichung nicht entgegenstehen. Es fehlt aber bislang am politischen Willen, sich an einem Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Rechtstraditionen zu versuchen. Diese Fehlstelle des europäischen Urheberrechts setzt sich jetzt für das Sanktionenrecht fort. Es ist zwar zu begrüßen, dass gem. Art. 13 Abs. 1 lit. a) auch andere als die wirtschaftliche Faktoren, insbesondere der immaterielle Schaden für den Rechtsinhaber, bei der Schadensbemessung berücksichtigt werden können. Aber bereits die fehlende Erwähnung in lit. b) ist systematisch verunglückt, suggeriert sie doch, dass eine Entschädigung für immaterielle Schäden bei Geltendmachung der Lizenzanalogie ausgeschlossen sein soll. Insoweit muss man sich mit dem Konzept der Mindestharmonisierung trösten. Zusätzliche, für den Rechtsinhaber weiterreichende Ansprüche sind durch die Richtlinie nicht ausgeschlossen.

V. Umsetzung in den Mitgliedstaaten

Wie sind die Mitgliedstaaten mit den erheblichen Spielräumen umgegangen, die die Richtlinie für die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Schadenersatzansprüchen lässt? Im Folgenden werden beispielhaft die Rechtslage in Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich skizziert.⁷⁸

1. Deutschland

In Deutschland hat man sich trotz der laufenden Diskussion um die Sinnhaftigkeit eines allgemeinen Teiles (oder gar Gesetzes) des geistigen Eigentums⁷⁹ dazu entschlossen, die Durchsetzungsvorschriften in den verschiedenen Einzelgesetzen zu reformieren. Auf diese Weise sehen § 97 Abs. 2 UrhG, § 139 Abs. 2 PatG, § 14 Abs. 6 MarkenG etc. weitgehend gleichlautende Vorschriften über den Schadenersatz vor.

⁷⁷ Siehe hierzu und zum Folgenden *Metzger*, Europäisches Urheberrecht ohne Droit moral? Status quo und Perspektiven einer Harmonisierung des Urheberpersönlichkeitsrechts, in FS. Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, 2005, S. 455 ff.

⁷⁸ Weiterführende Hinweise zu allen 27 Mitgliedstaaten finden sich bei *Walter/von Lewinski* (supra Fn. 26), S. 1330 ff. Siehe auch *Heinze*, Die Durchsetzung geistigen Eigentums in Europa: Zur Umsetzung der Richtlinie 2004/48 in Deutschland, England und Frankreich, ZEuP 2009, 282, 305 ff. sowie *Amschwitz* (supra Fn. 58), S. 296 ff.

⁷⁹ Siehe *Abrens*, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, GRUR 2006, 617 ff.

Beispielhaft sei § 14 Abs. 6 MarkenG zitiert: „Wer die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist dem Inhaber der Marke zum Ersatz des durch die Verletzungshandlung entstandenen Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung der Marke eingeholt hätte.“

Damit ist es in Deutschland bei der verschuldensabhängigen Haftung für Verletzungen geistiger Eigentumsrechte geblieben. Aufgehoben wurden allerdings Vorschriften in den einzelnen Gesetzen, die bei leichter Fahrlässigkeit eine bloße Entschädigungszahlung statt der vollen Schadensersatzpflicht vorgesehen hatten, bspw. § 139 Abs. 2 S. 2 PatG a.F. Hierzu sah man sich durch die Richtlinie gezwungen.⁸⁰

Die neu gefassten Vorschriften zum Schadensersatz, etwa der eben zitierte § 14 Abs. 6 MarkenG, greifen ihrem Wortlaut nach die Konzeption der Richtlinie auf, die Gewinnherausgabe als Faktor bei der Berechnung des kompensatorischen Schadensersatzes zu berücksichtigen. Allerdings kann den Materialien entnommen werden, dass durch die Neuregelung die bisherigen Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung beibehalten werden sollten, wonach der Rechtsinhaber zwischen der Geltendmachung des konkreten Schadens, des Verletzergewinns oder der Lizenzanalogie wählen kann.⁸¹ Eine Vermengung oder sogar Kumulation verschiedener Berechnungsmethoden soll wie bisher ausgeschlossen sein.⁸² Dies kann der Formulierung der Umsetzungsvorschriften bei unbefangener Lektüre aber nicht entnommen werden.⁸³

Eine weitere Abweichung von der Richtlinie zeigt sich beim Anspruch auf

80 Siehe BT-Drs. 16/5048, S. 33.

81 Vgl. zu den Einzelfragen Benkard-Rogge/*Grabinski* (supra Fn. 27), § 139 Rz. 61; Dreier/Schulze-Dreier (supra Fn. 61), § 97, Rz. 68.

82 Siehe BT-Drs. 16/5048, S. 33. Ebenso erscheint Dreier/Schulze-Dreier (supra Fn. 61), § 97, Rz. 58.

83 Dies ist umso bedauerlicher, als der Regierungsentwurf (a.a.O.) seinerseits die Richtlinienformulierung als „nicht eindeutig“ kennzeichnet, den Wortlaut aber dennoch übernimmt.

Entschädigung für Nichtvermögensschäden bei der Verletzung des Urheberpersönlichkeitsrechts, § 97 Abs. 2 S. 4 UrhG. Der Anspruch kann, entgegen der Richtlinie, auch mit der Lizenzanalogie in § 97 Abs. 2 S. 3 UrhG kombiniert werden. Da es sich bei Art. 13 der Richtlinie um eine Mindestharmonisierung handelt, ist dies europarechtlich nicht zu beanstanden. Der Sache nach macht die Regelung Sinn, weil nicht einzusehen ist, warum ein Urheber bei einer parallelen Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrecht und Verwertungsrechten für die Berechnung der Vermögensschaden gegenüber anderen Fällen benachteiligt werden sollte.

Bei der Höhe der Lizenzanalogie hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Beibehaltung der bisherigen Linie entschieden, wonach im Grundsatz nur der Betrag als Schadenersatz verlangt werden kann, den der Verletzer im Fall eines Lizenzerwerbs hätte zahlen müssen. Das Wort „mindestens“ in Art. 13 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie hat also nicht zu einer generellen Anhebung des Schadenersatzes in Deutschland geführt. Die Zulässigkeit von Verletzerzuschlägen im Einzelfall ist aufgrund der wenigen präzisen Formulierung der Vorschrift jedoch weiterhin ungeklärt. Die Materialien sind insoweit undeutlich. Einerseits wird der vom Bundesrat geforderten generellen Einführung doppelter Lizenzgebühren eine deutliche Absage erteilt,⁸⁴ andererseits soll es bei den bisherigen Grundsätzen zum „GEMA-Zuschlag“ bleiben⁸⁵ und auch sonst im Einzelfall eine Schadensersatzsumme oberhalb der fiktiven vertraglichen Lizenzgebühr zulässig sein.⁸⁶

2. Frankreich

Anders als in Deutschland, hat man in Frankreich die einzelnen Immaterialgüterrechte seit langem im Code de la propriété intellectuelle (CPI) zusammengefasst. Der CPI kennt allerdings keinen allgemeinen Teil, der gemeinsame

84 BT-Drs. 16/5048, S. 61 f. Die Gerichte dürften sich deswegen kaum dazu durchringen, nun öfter oder systematisch doppelte Lizenzgebühren mit Verweis auf Art. 13 der Richtlinie zuzusprechen, auch wenn dies in der Literatur vereinzelt gefordert wird, siehe etwa *Tetzner*, Der Verletzerzuschlag bei der Lizenzanalogie, GRUR 2009, 6 ff.

85 BT-Drs. 16/5048, S. 48.

86 BT-Drs. 16/5048, S. 37. Siehe hierzu *Stieper*, Dreifache Schadensberechnung nach der Durchsetzungsrichtlinie 2004/48, WRP 2010, 624, 628 m.w.N.

Prinzipien und Regelungen für alle geistigen Eigentumsrechte vor die Klammer zieht. Hieran hat auch die Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie nichts geändert. Vielmehr hat der französische Gesetzgeber die bisherige Systematik des CPI beibehalten und die Umsetzungsvorschriften mehr oder weniger wortgleich in den einzelnen Abschnitten zum Urheber-, Patent- und Markenrecht wiederholt. Entsprechende Schadenersatzregelungen finden sich in Art. L. 331-1-3 CPI für das Urheberrecht, in Art. L. 615-7 CPI für das Patentrecht und in Art. L. 716-14 für das Markenrecht. Die Regelungen sind stark an Art. 13 der Richtlinie angelehnt.⁸⁷ Allerdings hat man in Frankreich an der bereits bislang geltenden verschuldensunabhängigen Haftung festgehalten. Änderungen haben sich aber bei der Schadensberechnung ergeben. Der Rechtsinhaber kann nunmehr auch den Gewinn des Verletzers als Schadenersatz herausverlangen, was in der französischen Literatur als pönales Element verstanden wird.⁸⁸ Hinsichtlich der Lizenzanalogie übernehmen die Vorschriften quasi wortgleich die Regelung aus der Richtlinie. Da die einfache fiktive Lizenzgebühr ausdrücklich als Mindestbetrag eines entsprechend berechneten Schadenersatzanspruchs formuliert ist, darf mit Spannung erwartet werden, ob die französischen Gerichte nunmehr vermehrt Verletzerzuschläge zuerkennen werden.⁸⁹ Wortgleich übernommen wurde auch die Formulierung zur Berücksichtigung von Nichtvermögensschäden. Es ist deswegen zu erwarten, dass sich hinsichtlich der in Frankreich häufig zugesprochenen Entschädigungen bei Verletzungen des *Droit moral* keine Veränderungen ergeben.

3. Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich erfolgte die Umsetzung in Section 3 der „Intellectual Property (Enforcement, etc.) Regulation 2006“, welche die allgemeinen Vorschriften

87 Siehe Art. L. 331-1-3 CPI zum Urheberrecht: „ Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits et le préjudice moral causé au titulaire de ces droits du fait de l'atteinte.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte.“

88 Siehe *Caron* (supra Fn. 58), 29.

89 *Martin* (supra Fn. 47), 13 plädiert für die Zuerkennung doppelter Lizenzgebühren. Vorsichtig dagegen *Pollaud-Dulian* (supra Fn. 58), 74.

der verschiedenen Gesetze zu den einzelnen geistigen Eigentumsrechten zu „damages“ ergänzt, etwa in Section 96 Abs. 2 und 229 Section 2 des Copyright, Designs and Patents Act 1988, in Section 61 des Patents Act 1977. Die in der Regulation vorgesehene Regelung zum „assessment of damages“ ist stark an Art. 13 der Richtlinie angelehnt.⁹⁰ Sie regelt entgegen der insoweit missverständlichen Überschrift nicht nur die Schadensberechnung, sondern auch die Haftungsvoraussetzungen, insbesondere ein Verschuldenserfordernis („the defendant knew, or had reasonable grounds to know“). Als Methoden der Schadensberechnung sind wie in Art. 13 der Richtlinie entweder der konkrete Schaden („negative economic consequences“) oder die Lizenzanalogie („royalties or fees which would have been due“) vorgesehen, wobei bei der Bemessung des konkreten Schadens auch der Gewinn des Verletzers sowie Nichtvermögensschäden berücksichtigt werden können. Die Regelung ist für das englische Recht nicht revolutionär, wurde doch bereits zuvor ein Verschulden des Verletzers vorausgesetzt und sowohl die Gewinnabschöpfung als auch die Lizenzanalogie gestattet. Hier bleibt es bei freilich der einfachen Lizenzgebühr, diese wurde anders als in der Richtlinie nicht als Mindestbetrag geregelt.⁹¹ Änderungen im englischen Recht haben sich aber im Hinblick auf einzelne Fallgestaltungen ergeben, bei denen die Gesetze bislang einen Haftungsausschluss vorsahen, etwa für die Verletzung nachträglich ergänzter Patentanmeldungen gem. Section 62 Abs. 3 Patents Act 1977.⁹²

90 „(1) Where in an action for infringement of an intellectual property right the defendant knew, or had reasonable grounds to know, that he engaged in infringing activity, the damages awarded to the claimant shall be appropriate to the actual prejudice he suffered as a result of the infringement.
(2) When awarding such damages
(a) all appropriate aspects shall be taken into account, including in particular—
(i) the negative economic consequences, including any lost profits, which the claimant has suffered, and any unfair profits made by the defendant; and
(ii) elements other than economic factors, including the moral prejudice caused to the claimant by the infringement; or
(b) where appropriate, they may be awarded on the basis of the royalties or fees which would have been due had the defendant obtained a licence.“

91 In der Regulation fehlt es im Gegensatz zur Richtlinie an der Formulierung „at least“.

92 Siehe hierzu Explanatory Memorandum to the Intellectual Property (Enforcement, etc.) Regulation 2006, 2006 No. 1028, S. 13.

VI. Internationale Entwicklung

1. TRIPS

Die Arbeiten an der Durchsetzungsrichtlinie sind durch die internationale Rechtsentwicklung im Rahmen der WTO angestoßen worden, welche zum Abschluss des TRIPS-Abkommens im Jahr 1994 geführt haben.⁹³ Die EU und die EU-Mitgliedstaaten haben TRIPS ratifiziert. Die Umsetzung der Durchsetzungsrichtlinie dient damit zugleich der Erfüllung der internationalen Verpflichtungen im Rahmen der WTO.⁹⁴ TRIPS inkorporiert die Schutzstandards der großen alten Staatsverträge im Immaterialgüterrecht, der Pariser Verbandsübereinkunft auf dem Jahr 1883 (PVÜ)⁹⁵ und der Berner Übereinkunft aus dem Jahr 1886 (RBÜ)⁹⁶ und ergänzt diese um bislang nicht anerkannte Mindestrechte der Rechtsinhaber. Einer der entscheidenden Fortschritte gegenüber dem bisherigen System betrifft die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Rechtsdurchsetzung (Art. 41 ff. TRIPS).

In diesem Rahmen findet sich auch eine Vorschrift zum Schadensersatz bei Verletzungen des geistigen Eigentums. Gem. Art. 45 Abs. 1 TRIPS sind die Gerichte befugt anzuordnen, „dass der Verletzer dem Rechtsinhaber zum Ausgleich des von diesem wegen einer Verletzung seines Rechts des geistigen Eigentums durch einen Verletzer, der wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm, erlittenen Schadens angemessenen Schadensersatz zu leisten hat.“ Der kompensatorische Schadenersatz bei schuldhafter Verletzung geistigen Eigentums ist damit durch TRIPS vorgegeben. Gem. Abs. 2 S. 2 können die Mitgliedstaaten die Gerichte ermächtigen, „die Herausgabe der Gewinne und/oder die Zahlung eines festgelegten Schadensersatzbetrags selbst dann anzuordnen, wenn der Verletzer nicht wusste oder nicht vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass er eine Verletzungshandlung vornahm.“ Gewinnherausgabe und

93 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums v. 15.04.1994, BGBl. 1994 II, 1730.

94 Siehe Erw. 4, 5 Durchsetzungsrichtlinie.

95 Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, Stockholmer Fassung v. 14.07.1967, geändert durch Beschluss v. 20.08.1984, BGBl. 1984 II, 799.

96 Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, Pariser Fassung v. 24.07.1971, geändert durch Beschluss v. 02.10.1979, BGBl. 1973 II, 1071 und 1985 II, 81.

pauschalierter Schadensersatz können folglich angeordnet werden, und zwar sowohl als verschuldensunabhängige als auch verschuldensabhängige Haftung („selbst dann“). Ob auch der kompensatorische Schadensersatz verschuldensunabhängig verlangt werden kann, lässt die Vorschrift offen. Fiktive Lizenzgebühren fehlen ganz. TRIPS-Mitglieder dürfen gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 aber über das Abkommen hinausgehende Maßnahmen zum Schutz des geistigen Eigentums treffen. Das Abkommen regelt insoweit nur Mindeststandards. „TRIPS-plus“-Maßnahmen dürfen jedoch dem Abkommen nicht zuwider laufen (Art. 1 Abs. 1 S. 2). Auch gilt allgemein, dass Durchsetzungsmaßnahmen „fair und gerecht“ sein müssen (Art. 41 Abs. 2 S. 1).⁹⁷

2. ACTA

Das internationale Recht des geistigen Eigentums befindet sich gegenwärtig in einem dynamischen Veränderungsprozess. Die USA, die EU, die Schweiz, Japan, Südkorea und weitere Staaten verhandeln seit 2007 unter strenger Geheimhaltung und außerhalb der WIPO oder der WTO über einen neuen plurilateralen Urheberrechtsvertrag, das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), für welches TRIPS, das US-koreanische Freihandelsabkommen KORUS aus dem Jahr 2007⁹⁸ und die europäische Durchsetzungsrichtlinie als Basis dienen. ACTA soll ein erhöhtes Schutzniveau für die Staaten bringen, die daran interessiert sind. Nach Abschluss der Verhandlungen will man dafür werben, dass sich auch andere Staaten dem Abkommen anschließen.⁹⁹ Nach erheblicher Kritik an der fehlenden Transparenz der Verhandlungen, hat die Europäische Kommission im April 2010 einen ersten Verhandlungsentwurf veröffentlicht.¹⁰⁰ Mittlerweile haben drei weitere Verhandlungsrunden stattgefunden, deren Ergebnisse zum Teil im Internet

97 Hierzu eingehend *Grosse Ruse-Khan/Kur*, Enough is Enough - The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection, Max Planck Papers on Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper No.09-01, siehe <http://ssrn.com/abstract=1326429>.

98 Siehe <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta>.

99 Siehe die verschiedenen Dokumente unter ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/trade-topics/intellectual-property/anti-counterfeiting. Zu den Hintergründen siehe auch *Metzger*, Perspektiven des internationalen Urheberrechts – Zwischen Territorialität und Ubiquität, JZ 2010, 929 ff. m.w.N.

100Der Entwurf vom 21.04.2010 findet sich unter trade.ec.europa.eu/doclib/html/146029.htm. Siehe hierzu eingehend *Metzger*, A Primer on ACTA: What Europeans should fear about the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, 1 JIPITEC 109-116 (2010), siehe <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-1-2-2010/2612>.

verfügbar waren, auch wenn die Verhandlungsparteien sie nicht offiziell frei gegeben haben.¹⁰¹

Der letzte offizielle Entwurf vom 02.10.2010 sieht in Art. 2.2 eine Regelung zum Schadenersatz bei Verletzungen geistiger Eigentumsrechte vor, die über Art. 45 TRIPS hinausgeht. Abs. 1 UA 1 der Regelung schreibt, insofern TRIPS folgend, verpflichtend vor, dass bei schuldhafter Verletzung geistiger Eigentumsrechte kompensatorischer Schadenersatz zu leisten ist. Abweichungen ergeben sich in UA 2 und den dort vorgesehenen schwammigen Formulierungen zur Bemessung des Schadensersatzes: „In determining the amount of damages, its judicial authorities shall have the authority to consider, inter alia, any legitimate measure of value submitted by the right holder, which may include the lost profits, the value of the infringed good or service, measured by the market price, the suggested retail price.“ Der zunächst genannte entgangene Gewinn wirft aus europäischer Sicht wenig Probleme auf. Kritisch ist dagegen der nicht näher erläuterte „Wert“ des verletzten Schutzrechts zu beurteilen. Der Wert des Immaterialgutes als solches ist kaum geeignet, den durch den Verletzer verursachten Schaden zu bestimmen. Ist der Wert auch nach der Verletzung hoch, so kann dies gerade auf einen geringen konkreten Schaden hinweisen. Ist das Immaterialgut dagegen durch die Verletzung teilweise entwertet worden (etwa die Unterscheidungskraft der Marke herabgesetzt), so kann dies dem Verletzer nicht zu Gute kommen. Gleiches für den ebenfalls erwähnten „vorgesehenen Verkaufspreis“ von Gütern. Die Kriterien machen nur Sinn, wenn Sie im Sinne der Differenzhypothese zweimal betrachtet werden, nämlich vor und nach der Verletzung des Schutzrechts. Dies verschweigt die Vorschrift aber.

Eine deutliches „TRIPS-plus“-Element findet sich in Art. 2.2 Abs. 2. Danach müssen die ACTA-Mitgliedstaaten ihren Gerichten gestatten, auch den Gewinn des Verletzers als Schadenersatz zuzusprechen. Dies geht nicht über die Durchsetzungsrichtlinie hinaus, war in TRIPS den Mitgliedstaaten aber noch freigestellt. Ein weiteres „TRIPS-plus“-Element findet sich in Abs. 3, wonach die Mitgliedstaaten zumindest eine weitere Schadensbemessungsmethode zulassen müssen: Entweder gesetzlich festgelegter, pauschalierter Schadenersatz oder eine

¹⁰¹Siehe <http://iri-blog.info>.

Vermutungsregeln für die Schadensbemessung, insbesondere angemessene (fiktive) Lizenzgebühren. Es zeichnet sich damit bereits jetzt ab, dass die internationalen Standards der Schadensbemessung stärker präzisiert werden als noch im TRIPS-Abkommen. Ob es am Ende auch Regelungselemente gibt, die über die heutigen Regelungen in Art. 13 Durchsetzungsrichtlinie hinausgehen, kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

VII. Fazit

Welche Lehren kann man aus dem Erfahrungen im geistigen Eigentum für die allgemeine Entwicklung des europäischen Schadenersatzrechts ziehen?

Erstens: Art. 13 der Durchsetzungsrichtlinie ist nicht ohne Weiteres auf andere Bereiche des europäischen Schadenersatzrechts übertragbar. Verletzungen von Immaterialgüterrechten weisen eine Reihe von Besonderheiten auf, die einer unbesehenen Übernahme von Regelungskonzepten entgegenstehen. Immaterielle Güter sind besonders verletzlich, der Nachweis des Schadens ist vielfach schwierig. Dies hat zur frühzeitigen Herausbildung von schadensrechtlichen Privilegien der Rechtsinhaber geführt, die für andere Bereiche nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen sind. Die Probleme bei der Rechtsdurchsetzung haben zudem ein besonderes politisches Momentum auf der internationalen und europäischen Ebene erzeugt, an dem es in anderen Gebieten fehlt. Insofern ist nicht zu erwarten, dass der europäische Gesetzgeber in den nächsten Jahren weitere, vergleichbare Regelungen in größerer Zahl erlassen wird. Echter Modellcharakter kommt der Vorschrift also nicht zu.

Zweitens: Auch wenn Art. 13 Durchsetzungsrichtlinie nicht unverändert in andere Bereiche des europäischen Schadensrechts übernommen werden kann, so erscheinen doch einzelne Elemente als übertragbar. Dies gilt etwa für die in Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie genannten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Abschreckung. Die Androhung von Schadenersatz erfüllt nicht nur eine ausgleichende, sondern auch eine verhaltenssteuernde Funktion.¹⁰² Dies sollte bei der weiteren Entwicklung

¹⁰²Siehe auch Art. 10:101 S. 2 Principles of European Tort Law. Vgl. auch *Wagner* (supra Fn. 6), 352 ff.

des europäischen Schadensrechts und insbesondere bei der Bemessung der Schadenshöhe offen ausgesprochen werden. Ein Element könnte hierbei die stärkere Beachtung des Verletzergewinns darstellen.¹⁰³ Das Immaterialgüterrecht ist nicht das einzige Rechtsgebiet, in dem sich der rein kompensatorisch berechnete Schadenersatz oft als unzureichend erweist. Die Abschöpfung des Verletzergewinns kann hier zu einer stärkeren Verhaltenssteuerung beitragen.

Drittens: Die Entwicklung im geistigen Eigentum zeigt, dass „Fortschritt“ im Schadenersatzrechts nicht mit einer ständigen Verschärfung der Vorschriften gleichgesetzt werden darf. Verhaltenssteuerung durch Abschreckung macht dann keinen Sinn, wenn die Akzeptanz gesetzlicher Vorschriften nicht nur bei Einzelnen fehlt, sondern gesamtgesellschaftlich in Frage steht. Dies gilt insbesondere für die gegenwärtig zu beobachtenden, massenweisen Urheberrechtsverletzungen im Internet, die vielfach von Schülern und Jugendlichen begangen werden. Die Gesetzgeber sollten hier den Forderungen der Rechtsinhaber nach einer weiteren Verschärfung der zivilrechtlichen Sanktionen widerstehen und nach anderen Wegen suchen, um die gesellschaftliche Anerkennung des geistigen Eigentums zu stärken.

¹⁰³Siehe Art. 10:103 Principles of European Tort Law. Siehe auch eingehend *Kozjol* (supra Fn. 56), S. 250 sowie *Wagner*, Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. 1, 2006, A 97.