

Benjamin Raue

Die dreifache Schadensberechnung

*Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-,
Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht*

Nomos Verlagsgesellschaft

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	31
 Kapitel 1: Einleitung	 37
A. Gang der Untersuchung	37
B. Aktueller Forschungsstand	44
C. Historischer Kontext: vom Statute of Anne zur Durchsetzungs- Richtlinie	46
 Kapitel 2: Vorgaben internationaler Übereinkommen	 51
A. TRIPs	51
B. Sonstige multi- und bilaterale Staatsverträge	54
C. Zusammenfassung	56
 Kapitel 3: Sanktionen bei Immaterialgüterrechtsverletzungen in der EU	 57
A. Allgemeine Grundsätze des europäischen Schadensrechts	57
B. Verordnungen über unionsweite Immaterialgüterrechte	79
C. Vorgaben der Durchsetzungs-RL (2004/48/EG)	85
D. Schadensrecht ausgewählter EU-Mitgliedstaaten	130
E. Exkurs: Schadensrecht der Schweiz und der USA	201
 Kapitel 4: Die dreifache Schadensberechnung im deutschen Recht ..	 225
A. Grundlagen	226
B. Lizenzanalogie	252
C. Konkrete Schadensberechnung	340
D. Herausgabe des Verletzergewinns	398

E. Verhältnis der einzelnen Schadensberechnungsmethoden zueinander ..	545
F. Mehrpolige Rechtsverhältnisse	550
G. Zusätzliche Prävention bei grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Rechtsverletzungen	557
 Kapitel 5: Lizenzanalogie und Gewinnabschöpfung im allgemeinen Bürgerlichen Recht, Persönlichkeitsrecht und Lauterkeitsrecht	 565
A. Die Lizenzanalogie als Mindestschaden	566
B. Die Gewinnabschöpfung als deliktisches Präventionsinstrument	602
 Kapitel 6: Zusammenfassung	 609
A. Vorgaben internationaler Übereinkommen	609
B. Vorgaben der Europäischen Union	609
C. Die zweifache Schadensberechnung des deutschen Rechts, ergänzt um eine präventive Gewinnabschöpfung	613
D. Übertragung der Grundsätze auf andere Rechtsbereiche	621
 Literaturverzeichnis	 623

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	31
Kapitel 1: Einleitung	37
A. Gang der Untersuchung	37
I. Einbettung in den internationalen und europäischen Kontext	38
II. Einordnung in den Kontext des deutschen Rechts	40
III. Rückkopplung der Ergebnisse mit dem allgemeinen Haftungsrecht	43
B. Aktueller Forschungsstand	44
C. Historischer Kontext: vom Statute of Anne zur Durchsetzungs- Richtlinie	46
I. Rechtslage vor der Ariston-Entscheidung des Reichsgerichts	46
II. Weitere Entwicklung	48
III. Die Gesetzeslage seit 1945	48
Kapitel 2: Vorgaben internationaler Übereinkommen	51
A. TRIPs	51
I. Allgemeine Vorgaben	52
II. Schadensersatz (Art. 45 TRIPs)	53
B. Sonstige multi- und bilaterale Staatsverträge	54
C. Zusammenfassung	56
Kapitel 3: Sanktionen bei Immaterialgüterrechtsverletzungen in der EU	57
A. Allgemeine Grundsätze des europäischen Schadensrechts	57

I. Rechtsprechung der Unionsgerichte zur außervertraglichen Haftung der EU (Art. 340 II AEUV)	58
1. Grundsatz des Schadensersatzes in Geld	59
2. Vermögensschäden	60
a) Entgangener Gewinn	61
b) Nachweisanforderungen an die Schadensfeststellung	62
3. Immaterielle Schäden	63
4. Zinsen	65
II. Unionsrechtsakte mit schadensrechtlichen Auswirkungen	65
1. Produkthaftungs-RL (1999/34/EG)	66
2. Schadensersatz-RL (2014/104/EU)	67
3. Pauschalreise-RL (90/314/EWG)	69
4. Gleichstellungs-RL (2006/54/EG, vormals 76/207/EWG)	71
a) Verpflichtung zu wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionen	71
b) Interpretation der abschreckenden und angemessenen Entschädigung durch den EuGH	72
5. Rom II-VO (Nr. 864/2007)	76
6. Entwurf einer Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (2013)	76
7. Weitere Unionsrechtsakte	76
a) VO über die Haftung von Luftfahrtunternehmen	77
b) Fluggastrechte-VO	77
c) RL über den elektronischen Geschäftsverkehr	77
d) Umwelthaftungs-RL	78
e) Datenschutz-GrundVO	78
III. Zusammenfassung	78
B. Verordnungen über unionsweite Immaterialgüterrechte	79
I. Unionsmarken-VO (Nr. 207/2009)	79
II. VO zum Schutz geografischer Angaben und Ursprungsbezeichnungen (Nr. 510/2006)	80
III. Gemeinschaftsgeschmacksmuster-VO (Nr. 6/2002)	80
IV. Gemeinschaftssortenschutz-VO (Nr. 2100/94)	80
V. Einheitliches Patent	81
1. Rechtlicher Rahmen	81
2. Schadensersatz	82
3. Unverschuldete Rechtsverletzungen	84

C. Vorgaben der Durchsetzungs-RL (2004/48/EG)	85
I. Entstehungsgeschichte	88
1. Grünbuch zur Bekämpfung von Nachahmungen und Produkt- und Dienstleistungs- <i>piraterie</i> im Binnenmarkt (1998)	88
2. Richtlinienentwurf (2003)	90
3. Endgültige Fassung der Richtlinie (2004)	92
4. Evaluationsphase (seit 2009)	93
II. Dogmatische Grundkonstruktion	93
1. Primärrechtliche Ermächtigungsgrundlage	94
2. Schadensersatz, keine Gewinnabschöpfung	94
a) Wortlaut, Systematik und Rechtsvergleichung	95
b) Historische Auslegung	97
3. Verpflichtung zu „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Rechtsbehelfen“	98
a) Einbettung in den Kontext des Unionsrechts	99
b) Präzisierung der Vorgaben für Schadensersatzansprüche durch den EuGH	100
4. Vermeidung von Schranken für den rechtmäßigen Handel	101
5. Harmonisierungsgrad	102
6. Verschuldensmaßstab	102
7. Beweislastfragen	103
III. Die zweifache Schadensberechnung des Art. 13 DuRL	103
1. Konkrete Berechnung des tatsächlich erlittenen Schadens (Art. 13 I 2 lit. a DuRL)	104
a) Gewinneinbußen der geschädigten Partei	104
aa) Berücksichtigungsfähige Positionen	104
(1) Entgangene Gewinne und erzwungene Preissenkungen	105
(2) Sprungbrett-Effekt	105
(3) Verlust einer Chance	106
bb) Darlegungs- und Beweislast	106
b) Zu Unrecht erzielte Gewinne des Verletzers	107
aa) Rechtsnatur, Wortlaut und Systematik	108
bb) Rechtsvergleichung	111
c) Sonstige negative wirtschaftliche Auswirkungen	113
aa) Schädigende Nutzung	113
bb) Kosten der Feststellung der Rechtsverletzung und ihrer Verursacher	114
d) Immaterielle Schäden	115

e) Zinsen	116
f) Ersatz der Rechtsverfolgungskosten	117
2. Schadenspauschalierung (Art. 13 I 2 lit. b DuRL)	117
a) Dogmatische Einordnung	117
b) Verhältnis zur konkreten Schadensberechnung	119
aa) Gleichberechtigte Alternative oder subsidiäre Anwendung?	119
bb) Wahlrecht des Rechtsinhabers oder des Gerichts	120
cc) Komplementarität von entgangenem Gewinn und Lizenzgebühr	121
c) Verhältnis von Schadensersatz- und Beseitigungsansprüchen	123
d) Vergütung oder Gebühr, die der Verletzer hätte entrichten müssen	124
e) Erhöhungen	124
aa) Bei schädigender Nutzung	125
bb) Sonstige Umstände	126
cc) Immaterielle Schäden	126
dd) Zinsen	126
ee) Berücksichtigung des Überwachungsaufwands	127
ff) Differenzierung nach Vorsatzgrad	127
gg) Pauschaler Verletzerzuschlag?	128
IV. Gewinnabschöpfung	129
1. Keine generelle Verpflichtung zur Gewinnabschöpfung	129
2. Fakultative Gewinnabschöpfung bei schuldlos begangenen Rechtsverletzungen (Art. 13 II DuRL)	129
3. Keine Sperrwirkung für nationale Gewinnabschöpfungsansprüche bei verschuldeten Rechtsverletzungen	130
D. Schadensrecht ausgewählter EU-Mitgliedstaaten	130
I. Frankreich	130
1. Verschuldensunabhängige Haftung der <i>action en contrefaçon</i>	130
2. Die Grundsätze der Schadensberechnung	131
a) Grundsatz des vollständigen, aber rein kompensatorischen Schadensersatzes (<i>réparation</i> <i>intégrale</i>) ²¹	132
aa) Vollständiger Ausgleich des erlittenen Schadens	133
bb) Rein kompensatorische Funktion des Schadensersatzes	134
(1) Grundsatz	134

(2) Kritik an den fautes lucratives	134
(3) Abweichende Praxis der Gerichte	135
b) Grundsatz der Kompensation in Geld, ergänzt durch Naturalrestitution	136
c) Großer Bewertungsspielraum der französischen Gerichte	137
d) Beweislast	138
3. Die zweifache Schadensberechnung im französischen Immaterialgüterrecht	138
a) Konkrete Schadensberechnung der negativen Auswirkungen (conséquences économiques négatives)	139
aa) Entgangener Gewinn des Rechtsinhabers	139
(1) Anteil am Umsatz des Verletzers (taux de report)	140
(2) Ungerechtfertigter Ausbau von Marktanteilen durch den Verletzer	143
(3) Ersatz einer bloßen Gewinnchance	143
(4) Grundlage der Gewinnberechnung: die masse contrefaisante	144
(a) Erweiterung durch den tout matériel	145
(b) Abzug der variablen Kosten	146
(5) Komplementärer Anspruch auf Zahlung einer Lizenzgebühr	147
bb) Berücksichtigung der Verletzervorteile (bénéfices réalisés par le contrefacteur)	148
(1) Verletzergewinn	148
(2) Verlust der Investitionskosten (pertes d'investissements)	150
cc) Weitere Beeinträchtigungen	152
(1) Eingriff in das absolute Recht als Schaden (atteinte au monopole/droit exclusif)	152
(2) Entwertung des Immaterialguts durch Nutzung (banalisation)	154
(3) Senkung des Preisniveaus durch rechtsverletzenden Vertrieb (érosion des prix des produits originaux)	156
(4) Erhöhung des Schadens bei unlauterem Wettbewerb (concurrence déloyale)	157
(5) Berücksichtigung der Geldentwertung	157
dd) Immaterielle Nachteile	157
b) Pauschalierte Berechnung nach einer Lizenzgebühr (somme forfaitaire)	158
aa) Dogmatische Einordnung	159

bb) Berechnung der Lizenzgebühr	160
cc) Erhöhung der Lizenzgebühr zur Abschreckung	161
II. England	163
1. Grundsätze des Schadensrechts	163
a) Kompensation, nicht Strafe	164
b) Entfallen der Schadensersatzpflicht bei gutgläubigen Schädigern	164
c) Kausaler, vorhersehbarer und zurechenbarer Schaden	165
d) Beweislast und Beweismaß	165
e) Verlust einer Chance als Schaden	166
f) Einschätzungsspielraum der Tatsacheninstanzen	167
g) Auswirkungen der Durchsetzungs-RL	167
2. Konkrete Schadensberechnung (compensatory damages)	168
a) Entgangener Gewinn	168
aa) Erstreckung auf gemeinfreies Zubehör und Serviceverträge	169
bb) Sprungbretteffekt	169
cc) Abzuziehende Kosten	170
dd) Darlegungslast	171
b) Lizenzgebühr (notional royalty/calculation on a user basis)	173
aa) Dogmatische Einordnung	173
bb) Verhältnis zur Schadensposition des entgangenen Gewinns	174
cc) Höhe der Lizenzgebühr	175
c) Schädigende Nutzung des Immaterialguts (damage to goodwill and reputation)	177
d) Erhöhter Schadensersatz (additional/aggravated damages)	178
e) Zinsen	179
3. Strafschadensersatz (exemplary damages)	179
4. Gewinnherausgabe (account of profits)	180
a) Dogmatische Einordnung	180
aa) Historisch gewachsene Besonderheit	181
bb) Rückgriff auf trust	182
cc) Deutung als Bereicherungsabschöpfung	182
b) Verhältnis zur konkreten Schadensberechnung	182
c) Umfang der Gewinnherausgabe	184
aa) Abzugsfähige Kosten	184
bb) Anteilige Gewinnherausgabe	186
(1) Differenzmethode (incremental approach)	186

(2) Anteilige Gewinnherausgabe (apportionment approach)	187
5. Verhältnis von Immaterialgüterrechtsinhaber und Lizenznehmern	187
III. Italien	188
1. Schadensersatz, insbesondere entgangener Gewinn	189
a) Berechnung anhand einer angemessenen Lizenzgebühr ...	191
b) Berechnung anhand des Verletzervorteils	192
c) Globalsumme nach Schätzung des Gerichts	192
2. Herausgabe des Verletzergewinns	193
IV. Niederlande	194
1. Schadensersatz	194
2. Gewinnabschöpfung	196
V. Österreich	197
VI. Rechtsvereinheitlichungsprojekte	198
1. Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Principles of European Law der Study Group on a European Civil Code ..	198
a) Grundsatz: Wiederherstellung des status quo ante, Art. VI-6:101 (1)	199
b) Alternativ: Gewinnherausgabe, Art. VI-6:101 (4)	199
c) Kompensation für den Eingriff in das Recht als solches, Art. VI-6:204	200
2. PETL – Principles of European Tort Law der European Group on Tort Law (Tilburg Group)	200
E. Exkurs: Schadensrecht der Schweiz und der USA	201
I. Schweiz	201
1. Schadensersatz	201
a) Lizenzanalogie als Beweiserleichterung	203
b) Verletzergewinn als Beweiserleichterung	204
2. Gewinnherausgabe	205
a) Geschäftsführung ohne Auftrag	205
b) Bereicherungsrecht	206
II. USA	206
1. Schadensersatz	207
a) Kompensatorischer Schadensersatz (actual and general damages)	207
aa) Entgangener Gewinn (lost profits)	209
bb) Lizenzgebühr (reasonable royalty)	210
cc) Schädigende Nutzung	212
dd) Anwaltskosten	212

b) Erhöhter Schadensersatz bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen	213
c) Statutory Damages	214
aa) Rechtsnatur	214
bb) Höhe	215
(1) Tatsächlicher Schaden und Verletzervorteile	215
(2) Berücksichtigung präventiver Aspekte	216
(3) Erhöhung bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen	216
(4) Verringerung bei gutgläubigen Verletzern	217
2. Gewinnherausgabe (profits)	217
a) Rechtsnatur	218
b) Darlegungs- und Beweislast	219
c) Abzugsfähige Kosten	220
d) Anteil der Immaterialgüterrechtsverletzung am Gesamtgewinn	221
aa) Sehr geringer Anteil des Immaterialguts am Gewinn	222
bb) Mittelbare Gewinne	223
 Kapitel 4: Die dreifache Schadensberechnung im deutschen Recht ..	225
 A. Grundlagen	226
I. Vorgaben der Grundrechte	226
1. Grundrechtsquellen	227
2. Schutzpflichten und Freiheitsrechte	228
3. Grundrechtswidrigkeit präventiver Zwecke im Zivilrecht? ...	229
4. Geltung der grundrechtlichen Schranken des Strafrechts bei überkompensatorischen zivilrechtlichen Sanktionen?	231
a) Spezielles Bestimmtheitsgebot	232
aa) Vorgaben des Grundgesetzes (Art. 103 II GG)	232
bb) Vorgaben der GRCh und der EMRK (Art. 49 GRCh, Art. 7 I EMRK)	233
b) Doppelbestrafungsverbot	233
II. Grundsätze des deutschen Schadensrechts	234
1. Schadensbegriff, Differenzhypothese	234
2. Kompensationsprinzip und Bereicherungsverbot	236
3. Präventive Zwecke	236
a) Begrifflichkeiten: Sanktion, Prävention, Repression	237
b) Alternativen zur zivilrechtlichen Sanktionierung von Immaterialgüterrechtsverletzungen	238
aa) Strafrecht	239

bb) Verwaltungsrecht	243
cc) Ergebnis	243
c) Präventive Zwecke im Zivilrecht	244
d) Präventive Zwecke im Haftungsrecht	247
e) Ergebnis	249
4. Die Haftungsbegründung, insbesondere der strenge Verschuldensmaßstab im Immaterialgüterrecht	250
 B. Lizenzanalogie	252
I. Einbettung in den Kontext: Ausgleich unerlaubter Nutzung im EBV und Bereicherungsrecht	253
1. Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	253
a) Grundwertungen	254
aa) Gutgläubige Besitzer	254
bb) Bösgläubige oder verklagte Besitzer	255
b) Rechtsfolgen	255
aa) Nutzungersatz	255
bb) Verwendungsersatz	257
2. Bereicherungsrecht	257
a) Grundwertungen	258
b) Das erlangte „Etwas“	258
c) Umfang der Rückgewährpflicht	260
aa) Wertersatz	260
bb) Entreicherungseinwand	263
(1) Ex ante unwirtschaftliche Entscheidungen	265
(2) Wirtschaftliche Verwendung des Immaterialguts (a) Rechtmäßiges Alternativverhalten	266
(b) Bereicherung bei bloßer Herstellung rechtsverletzender Produkte	269
d) Verletzerkette	269
e) Vereinbarkeit mit der Durchsetzungs-RL	270
II. Dogmatische Einordnung	270
1. Entgangener Gewinn (mittelbare Schadensfolge)	271
2. Billigkeitserwägungen	274
3. Rechtsgutschaden	277
4. Kein Benutzungsrecht durch Schadenslizenz	284
5. Ergebnis	284
III. Berechnung der Lizenzgebühr	286
1. Grundsätze	286
a) Keine Simulation eines fiktiven Lizenzvertrags	286
b) Beurteilungszeitpunkt	288

aa)	Zu berücksichtigende Kenntnisse	288
bb)	Für die Berechnung maßgeblicher Zeitpunkt	290
c)	Bezugsgröße	291
aa)	Bei Teilverletzung	291
bb)	Umsatzbezogene oder feste Stücklizenzen	292
cc)	Verkaufspreise des Verletzers oder des Rechtsinhabers	293
d)	Umfang, Dauer und Intensität der Nutzung	294
aa)	Vorbereitungshandlungen	295
bb)	Kurze oder weniger intensive Nutzungshandlungen ..	298
(1)	Wirtschaftlicher Wert der Nutzung	298
(2)	Faktische Nutzungsmöglichkeit	300
(3)	Vorzeitige Beendigung der Nutzung	301
(4)	Vergleichbare Nutzungsintensität	303
e)	Nutzung des Immaterialguts für verbotene Zwecke	304
2.	Vertragspraxis des Rechtsinhabers	305
a)	Repräsentative Marktpraxis	305
b)	Frei ausgehandelte Lizenzverträge	307
3.	Branchenübliche Vergütungssätze und einseitige Verbandsempfehlungen	308
4.	Weitere Schätzungsgrundlagen	310
a)	Wert des verletzten Ausschließlichkeitsrechts	310
b)	Umfang der Nutzung	312
c)	Ausmaß der Übernahme	312
5.	Aufschläge auf die übliche Lizenzgebühr	312
a)	Pauschaler Verletzerzuschlag	313
b)	GEMA-Zuschlag und §§ 54e II, 54f III UrhG	316
c)	Mindestvergütung	317
aa)	Einstandszahlungen	318
bb)	Stücklizenzen	319
cc)	Keine Korrektur verkehrsüblicher Lizenzgebühren durch Angemessenheitsprüfung	319
d)	Schädigende Nutzung	322
e)	Ausgleich von Verletzervorteilen	325
aa)	Unsicherheitsaufschlag	325
bb)	Verletzung durch direkte Konkurrenten	326
cc)	Unterlassene oder falsche Namensnennung des Urhebers	329
(1)	Rechtsnatur der Sanktion	329
(2)	Höhe des Aufschlags	331
dd)	Verlust von Investitionskosten	332

b) Entgangener Gewinn (§ 252 BGB)	361
c) Ausgleich verbleibender Schäden in Geld (§ 251 I BGB) ..	361
3. Verhältnis zu den übrigen Schadensberechnungsmethoden ...	363
III. Entgangener Gewinn, § 252 S. 1 BGB	364
1. Entgangener Gewinn als Ausgleich mittelbarer Schadensfolgen	365
2. Umfang des entgangenen Gewinns	365
a) Lizenzgebühren	365
b) Erlöse und Deckungsbeiträge	366
aa) Sprungbretteffekt der Immaterialgüterrechtsverletzung	367
(1) Marktzutritt	367
(2) Ersatzteil- und Servicegeschäft	368
bb) Aufwendungen und Deckungsbeiträge	369
3. Darlegungs- und Beweislast	370
a) Allgemeine Anforderungen	370
b) Beweisschwierigkeiten	371
c) Substantiierungsmöglichkeiten des entgangenen Gewinns bei Immaterialgüterrechtsverletzungen	374
aa) Entzug der Nachfrage	374
(1) Konkrete Berechnung	375
(2) Abstrakte Berechnung	375
(a) Umsatzzahlen des Rechtsinhabers	376
(b) Gewinnprognosen	377
(c) Verletzerertrag als Ausgangspunkt für ökonomische Einzelfallbetrachtung	377
bb) Ausreichende eigene Kapazitäten	380
cc) Offenlegung der Kostenstruktur	381
(1) Anforderungen der Rechtsprechung	381
(2) Alternative Regelungsmodelle	382
d) Bloße Erwerbchance als Schaden	384
4. Der Verletzerertrag als Maßstab für den entgangenen Gewinn des Rechtsinhabers	385
a) Schadenspauschalierungen im deutschen Schadensrecht ..	386
aa) „Abstrakte Schadensberechnung“ beim Handelskauf	387
bb) Abstrakte Schadensberechnung beim kaufmännischen Fixgeschäft (§ 376 HGB)	388
cc) §§ 288, 291 BGB	388
dd) Ergebnis	390
b) Gewinnherausgabe als abstrakte Schadenspauschalierung	390

aa) Verletzererfolg als Indikator für typischerweise entgangenen Gewinn?	390
bb) Verletzererfolg als notwendiger Ersatzmaßstab	392
cc) Überkompensatorische Präventions- und Sanktionswirkung	393
dd) Ergebnis	394
IV. Zinsen	395
V. Rechtsverfolgungskosten	395
1. Übliche Rechtsverfolgungskosten	395
2. Besondere Marktbeobachtungskosten	396
D. Herausgabe des Verletzererfolgs	398
I. Andere Gewinnabschöpfungsmechanismen des deutschen Rechts	400
1. Individuelle Gewinnabschöpfung	401
a) Geschäftsanmaßung (§ 687 II BGB)	401
aa) Dogmatische Einordnung	401
bb) Normzweck	402
cc) Rechtsfolge	403
b) Gewinnabschöpfung bei Verstoß gegen handels- und gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote (§§ 61 I 2, 113 I 2 HGB / § 88 II 2 AktG / Geschäftschancenlehre) ..	405
aa) Schutzzweck	406
bb) Dogmatische Einordnung	406
cc) Rechtsfolgen	407
c) § 285 BGB	409
aa) Normzweck	409
bb) Dogmatische Einordnung	410
cc) Rechtsfolgen	410
(1) Herausgabe des commodum ex negotiatione	410
(2) Beschränkung auf wirtschaftlich identische Gegenstände	411
dd) Zusammenfassung	413
d) Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	413
e) Bereicherungsrecht	415
aa) Normzweck und dogmatische Einordnung	415
bb) Erlangtes „Etwas“ und Wertersatz	415
cc) Kritik an der Beschränkung auf Herausgabe des Nutzungswerts	416
(1) Vorgaben der Durchsetzungs-RL	418
(2) Abweichende Vorstellung vom Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte	418

(3) Systematische Einwände	419
(4) Materielle Argumente für eine bereicherungsrechtliche Gewinnabschöpfung	420
(a) Stärkere Berücksichtigung präventiver Ziele	420
(b) Gleichlauf von Chance und Risiko	421
dd) Zwischenergebnis	422
f) Restschadensersatz (§ 852 BGB)	422
aa) Schutzzweck	422
bb) Dogmatische Einordnung	423
cc) Rechtsfolgen	423
g) § 33 III 3 GWB	424
2. Überindividuelle Gewinnabschöpfung zugunsten des Staates	424
a) Lauterkeitsrechtliche Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG) ..	424
aa) Schutzzweck	425
bb) Dogmatische Einordnung	426
cc) Begünstigter	427
dd) Voraussetzungen	428
(1) Vorsätzlicher Lauterkeitsrechtsverstoß	428
(2) Subsidiarität zu individuellen Ansprüchen	429
ee) Umfang der Gewinnabschöpfung	429
(1) Gewinne „zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern“	429
(2) Anteilige Gewinnabschöpfung	430
(3) Berücksichtigungsfähige Kosten	430
b) Kartellrechtliche Vorteilsabschöpfung (§§ 34, 34a GWB) ..	431
c) Strafrechtliche Gewinnabschöpfung (§§ 73 ff. StGB)	433
aa) Schutzzweck	433
bb) Dogmatische Einordnung	433
cc) Umfang der Gewinnabschöpfung	434
(1) Subsidiarität zu individuellen Ansprüchen	434
(2) Das Brutto-Prinzip	434
(3) Nutzungen und Surrogate	435
II. Dogmatische Einordnung und Schutzzweck der Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht	435
1. Schutzzweck	437
a) Kompensation	437
b) Prävention	438
2. Dogmatische Einordnung	440
a) Ausgleichsanspruch	440
aa) Entgangener Gewinn	440
bb) Billiger Ausgleich sui generis	442

b) Abschöpfungsanspruch	444
3. Ergebnis	445
III. Vorgaben des Gesetzgebers für die Gewinnabschöpfung nach Immaterialgüterrechtsverletzungen	445
1. Vorgaben der Durchsetzungs-RL	445
2. Vorgaben des deutschen Gesetzgebers	446
a) Begründung des Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums (2008)	446
b) Gesetzesbegründung zu § 10 UWG 2004	449
3. Keine analoge Anwendung der §§ 687 II, 667 BGB	449
4. Kein abweichendes Gewohnheitsrecht	450
5. Zusammenfassung	451
IV. Notwendigkeit der Gewinnabschöpfung bei Immaterialgüterrechtsverletzungen	452
1. Spannungsverhältnis zwischen effektivem Rechtsgüterschutz und übermäßigen Freiheitseinschränkungen Dritter	453
a) Notwendigkeit effektiven Rechtsgüterschutzes	453
b) Notwendige Freiheitsbereiche	455
2. Zuweisung des Gewinns bei ökonomischer Betrachtung	460
a) Gleichlauf von Gewinnzuweisung und Verlustrisiko	460
b) Keine andere Rechtfertigung bei Immaterialgüterrechten	461
c) Anteilige Gewinnbeteiligung	463
d) Zusammenfassung	468
3. Präventive Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen zur Verhinderung von fautes lucratives ..	468
a) Abschöpfung des Verletzergewinns	469
b) Zuweisung an den Rechtsinhaber	470
c) Beweisanforderungen	472
4. Entbehrlichkeit der präventiven Gewinnabschöpfung bei fahrlässigen Rechtsverletzungen	473
a) Erforderlichkeit wegen der „Natur der Immaterialgüterrechte“	474
aa) Schwierigkeit der Schadensfeststellung	475
bb) Erhöhtes Schutzbedürfnis von Immaterialgüterrechten	476
(1) Schwierige Entdeckung der Rechtsverletzung	477
(2) Leichtere Verletzbarkeit	480
cc) Gewinnabschöpfung aus Billigkeit	482
b) Rechtsvergleichender Befund	482
5. Zusammenfassung	484

V. Gewinnabschöpfung mit primär präventiver Zielrichtung	484
1. Leitlinien	485
2. Voraussetzungen	487
a) Wissen	487
b) Prägung des Gewinns durch Rechtsverletzung	489
aa) Notwendigkeit eines einschränkenden Kriteriums	489
bb) Prägung	490
c) Gewinnerzielungsverbote des Rechtsinhabers	495
aa) Relative Gewinnerzielungsverbote	495
bb) Absolute Gewinnerzielungsverbote	496
d) Keine Untätigkeit des Rechtsinhabers	497
3. Herauszugebender Erlös (§§ 687 II, 681 S. 1, 667 BGB)	497
a) Sprungbrett-Effekt	499
b) Ersparte Aufwendungen	501
c) Anteilige Erlösherausgabe bei Kombinationseingriffen	503
aa) Mitnutzung von Rechtsgütern des Verletzers	503
(1) Anteilige Abschöpfung	503
(2) Vollständige Abschöpfung	506
bb) Mitnutzung von Rechtsgütern anderer Rechtsinhaber	508
4. Erstattungsfähige Kosten (§§ 687 II, 684 S. 1 BGB)	511
a) Dogmatische Grundkonstruktion und Zweck des Kostenerstattungsanspruchs	512
b) Exkurs: Betriebswirtschaftliche Kostenrechnung und Definition der im Folgenden verwendeten Begriffe	513
aa) Ziel der betriebswirtschaftlichen Kostenrechnung	514
bb) Kostenbegriffe	514
cc) Kostenrechnungsmodelle	516
c) Ersatz variabler Kosten	517
d) Ersatz von Fixkosten	518
aa) Vollkostenansatz	519
bb) Prinzip der unmittelbaren Zuordenbarkeit (finales Verursachungsprinzip)	520
(1) Ausschließliche Nutzung für die rechtsverletzende Produktion	522
(2) Darlegungs- und Beweislast	524
cc) Verursachungsprinzip (kausales Verursachungsprinzip)	527
(1) Strenges Verursachungsprinzip	527
(2) Eingeschränktes Verursachungsprinzip	529
e) Weitere normative Einschränkungen	533
aa) Beschränkung auf erfolgreich eingesetzte Kosten	533

bb) Beschränkung auf Kosten, die auch beim Rechtsinhaber angefallen wären	535
cc) Beschränkung durch Vergleich mit einem fiktiven laufenden Betrieb des Rechtsinhabers	536
5. Zinsen	537
6. Geltendmachung	537
a) Konsekutive Kombination von Herausgabeanspruch und Schadensersatz	537
b) Keine Aufstockung durch Schadensersatz	538
VI. Kompensierende „Berücksichtigung“ des Verletzergewinns	538
1. Dogmatische Ausrichtung	539
2. Voraussetzungen	541
a) Jede Fahrlässigkeit	541
b) Mitprägung des Geschäfts durch die Rechtsverletzung	541
3. Umfang der Gewinnherausgabe	541
a) Berücksichtigungsfähiger Umsatz	542
b) Abzugsfähige Kosten	542
c) Aufteilung (Kombinationseingriffe)	544
E. Verhältnis der einzelnen Schadensberechnungsmethoden zueinander ..	545
I. Konkrete Schadensberechnung und Lizenzanalogie	545
II. Konkrete Schadensberechnung und Verletzergewinn	547
III. Lizenzanalogie und Verletzergewinn	548
IV. Prozessuale Geltendmachung	549
F. Mehrpolige Rechtsverhältnisse	550
I. Verhältnis mehrerer Geschädigter	550
1. Rechtsinhaber / Lizenznehmer	550
a) Einfache Lizenz	550
b) Ausschließliche Lizenz	550
2. Mehrere Rechtsinhaber an demselben Verletzungsgegenstand	552
II. Mehrere Verletzer	553
1. Lizenzanalogie	553
2. Konkrete Schadensberechnung	555
3. Verletzergewinn	555
G. Zusätzliche Prävention bei grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Rechtsverletzungen	557
I. De lege lata	559
1. Gewinnherausgabe nach § 687 II BGB	559
2. Einwand des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB)	559

3. Ausgleich immaterieller Nachteile	560
II. De lege ferenda	562
1. Ausweitung der präventiven Gewinnabschöpfung auf grob fahrlässige Rechtsverletzungen	562
2. Multiple Lizenzgebühren bei grob fahrlässigen und vorsätzlichen Rechtsverletzungen	563
 Kapitel 5: Lizenzanalogie und Gewinnabschöpfung im allgemeinen Bürgerlichen Recht, Persönlichkeitsrecht und Lauterkeitsrecht	 565
A. Die Lizenzanalogie als Mindestschaden	566
I. Eigentumsverletzungen	567
1. Substanzbeeinträchtigungen und dauerhafte Besizentziehung	567
2. Nutzungsausfallschaden	567
3. Rechtswidrige Nutzungen	569
a) Unberechtigte Untervermietung	569
b) Unerlaubtes Fotografieren fremden Eigentums	572
c) Inanspruchnahme öffentlich angebotener Leistungen unter Umgehung des Vertragsmechanismus	575
aa) Hamburger Parkplatzfall	575
bb) Flugreisefall / Bremer Straßenbahnfall	578
4. Ausdehnung der GEMA-Rechtsprechung auf Ladendiebstähle?	579
II. Persönlichkeitsrechtsverletzungen	580
1. Grundsätzliche Anerkennung der Lizenzanalogie im Persönlichkeitsrecht	581
2. Beschränkung auf Eingriffe durch kommerzielle Nutzung	583
3. Billige Entschädigung in Geld bei sonstigen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht	586
4. Verhältnis des Schadensersatzes zur Entschädigung für immaterielle Beeinträchtigungen	587
III. Verstöße gegen individualschützende Lauterkeitsrechtsnormen ..	587
1. Keine unmittelbare Anwendbarkeit der Durchsetzungs-RL ...	588
2. Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (§ 4 Nr. 3 UWG 2015)	588
a) Eingriff in eine Schutzposition als Rechtfertigung der Lizenzanalogie	589
b) Höhe	592
3. Betriebsgeheimnisse	593

4. Sonstige Lauterkeitsrechtsverstöße	594
IV. Vertragsverletzungen	595
1. Verstöße gegen Unterlassungspflichten	595
2. Leistungspflichten	601
B. Die Gewinnabschöpfung als deliktisches Präventionsinstrument	602
I. Persönlichkeitsrechtsverletzungen	602
II. Verstöße gegen individualschützende Lauterkeitsrechtsnormen ..	603
III. Vertragsverletzungen	605
1. Stellvertretendes commodum (§ 285 BGB)	605
2. Handels- und gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote	605
3. Gewinnabschöpfung nach § 687 II BGB	606
Kapitel 6: Zusammenfassung	609
A. Vorgaben internationaler Übereinkommen	609
B. Vorgaben der Europäischen Union	609
1. Keine Verpflichtung zu überkompensatorischem Schadensersatz	609
2. Die zweifache Schadensberechnung der Durchsetzungs-RL ..	610
a) Konkreter Schadensersatz: Verpflichtung zur vollständigen Kompensation aller entstandenen Schäden	610
aa) Kombination von entgangenem Gewinn und Lizenzanalogie	610
bb) Stärkerer Ausgleich schädigender Immaterialgüterrechtsverletzungen	611
cc) Immaterielle Schäden	611
dd) Ausgleich des Geldentwertungsschadens ab Rechtsverletzung	611
b) Pauschale Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie	612
c) Keine Verpflichtung zu präventiver Gewinnabschöpfung	612
C. Die zweifache Schadensberechnung des deutschen Rechts, ergänzt um eine präventive Gewinnabschöpfung	613
I. Die Lizenzanalogie als Ausgleich für den unmittelbaren Rechtsgutschaden	613

II. Ausgleich weitergehender Schäden nach der konkreten Schadensberechnung	614
1. Schätzung des entgangenen Gewinns des Rechtsinhabers durch Berücksichtigung des Verletzergewinns	615
2. Stärkere Berücksichtigung weiterer Schadenspositionen	615
3. Schmerzensgeld bei besonders schwerwiegenden Rechtsverletzungen	616
III. Prävention bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen durch Gewinnabschöpfung nach § 687 II BGB	617
1. Zielsetzung und dogmatische Einordnung der „Schadensberechnungsmethode“ nach dem Verletzergewinn	617
2. Entgegenstehender Wille des Gesetzgebers	617
3. Keine Notwendigkeit eines präventiven Gewinnabschöpfungsanspruchs bei normal fahrlässigen Rechtsverletzungen	618
4. Präventive Vorteilsabschöpfung bei vorsätzlichen Rechtsverletzungen	619
IV. Verhältnis der einzelnen Schadensberechnungsmethoden	620
D. Übertragung der Grundsätze auf andere Rechtsbereiche	621
Literaturverzeichnis	623