



## DIE DREIFACHE SCHADENSBERECHNUNG BEI DER VERLETZUNG VON IMMATERIALGÜTERRECHTEN UND PERSÖNLICHKEITSRECHTEN IN DEUTSCHLAND, GESCHICHTE UND AKTUELLE PROBLEME

*(Almanya'da Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Kişilik Haklarına  
Aykırılık Halinde Uygulanan Üç Kat Tazminat Hesaplama Yöntemi,  
Tarihi ve Güncel Sorunları)*

Arş. Gör. Dr. Özge ARPACI<sup>1</sup>

### ABSTRAKT

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der dreifachen Schadensberechnung bei der Verletzung von Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im Zusammenhang mit ihrer Geschichte und aktuellen Problemen in Deutschland. Hauptsächlich ist die Aufgabe dieser Arbeit, sich mit der Bedeutung -besonders Bereicherungsrecht (Lizenzanalogie) und die Geschäftsführung ohne Auftrag (Herausgabe des Verletzergewinns)-, der geschichtlichen Entwicklung und den rechtlichen, praktischen und aktuellen Problemen der dreifachen Schadensberechnung im Rahmen der schadensrechtlichen Anspruchsrechtsgrundlagen des BGB auseinanderzusetzen. Die dreifache Schadensberechnung ist durch das RG und denBGHim Immaterialgüterrecht schon lange eine anerkannte Methode zur Schadensbemessung. Aber letztlich ist die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auf die Schutzwirkung des Persönlichkeitsrechts zurückzuführen. Der konkrete Schaden ist wegen der Schwierigkeiten des Nachweises und der Bezifferung des Schadens bei Immaterialgüter- und Persönlichkeitsrechten im Bereich nicht von großer Bedeutung. Deswegen entwickelten heutzutage zwei Liquidationsalternativen -Lizenzgebühr und Gewinnherausgabe- weiter. Bezugnehmend auf die Theater-Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts hat sich die dreifache Schadensberechnung zum ersten Mal in der „Ariston“-Entscheidung (1895) begründet. Wie gezeigt, besteht diese Schadensberechnungsmethode seit über einem Jahrhundert, trotzdem sind die dogmatischen Grundlagen der dreifachen Schadensberechnung noch umstritten. Daneben gibt es immer noch ungelöste und klärungsbedürftige Fragen und aktuelle Probleme zum Thema.

**Schlüsselwörter:** Schadensberechnungsarten, Immaterialgüterrechten, Persönlichkeitsrechten, Lizenzanalogie, Herausgabe des Verletzergewinns.

1 Araştırma Görevlisi Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ozg\_ozgun@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7871-7819



## ÖZ

İlgili çalışma, Alman Hukuku'nda fikri ve sınai mülkiyet hakları ile kişilik haklarına aykırılık halinde uygulanmakta olan üç kat tazminat hesaplama yöntemine, bu yöntemin tarihine ve güncel sorunlarına ilişkindir. Bu çalışmanın amacı, öncelikle üç farklı tazminat hesaplama yönteminin (özellikle lisans kıyaslama ve zarar verenin kazancının iadesi yöntemlerinin) tanımını, kapsamını, tarihi gelişimini ve güncel problemlerini belirlemektir. Konuya ilişkin yapılan açıklamalar, Alman Medeni Kanunu'nun tazminata ilişkin hükümlerinin perspektifinden yapılmıştır. Üç kat tazminat hesaplama yöntemi, Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından fikri ve sınai mülkiyet haklarına aykırılık halinde, tazminatın hesaplanmasında uzun zamandan beri kullanılan bir yöntemdir. Ancak ilgili hesaplama yöntemi, son zamanlarda kişilik haklarının korunmasında da kullanılan yeni bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada, üç kat tazminat hesaplama yöntemleri arasında yer alan „somut hesaplama yöntemi“, delil sunma zorluğu ve zararın boyutunun rakamla ifade edilemeye güçlüğü nedeniyle, ilgili hakların korunmasında önemli bir rol oynayamamaktadır. Bu sebepten ötürü, tazminatın somut hesaplama yönteminden ziyade „soyut hesaplama yöntemi (lisans kıyaslama ve zarar verenin kazancının iadesi yöntemleri)“ günümüzde daha yaygın kullanılmakta ve bu yöntem halen gelişmeye devam etmektedir. Üç kat tazminat hesaplama yöntemi, ilk olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 1877 tarihli „Theater“ isimli kararının da etkisiyle verilen 1895 tarihli „Ariston“ isimli kararında ortaya çıkmıştır. Görüldüğü üzere, fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunmasında kullanılan ilgili hesaplama yöntemi, yüz yılı aşkın bir süredir uygulanmasına rağmen, kapsamı halen tartışmalıdır. Bununla birlikte, ilgili hesaplama yöntemine ilişkin çözülemeyen ve açıklanmaya gereksinim duyan sorular ve güncel problemler halen bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tazminat Hesaplama Yöntemleri, Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, Kişilik Hakları, Lisans Kıyaslama Yöntemi, Zarar Veren Kazanç İadesi.



## EINLEITUNG

Nach der ständigen Rechtsprechungen<sup>2</sup> des RG und BGH hat der

- 2 Vgl. ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, Reinhard: **Bereicherung durch Eingriff (das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschlusslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, S. 598 ff.; RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 ff.-Ariston, für weitere Informationen: WELKE, Wanja Andreas: **Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts, zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, zugleich eine Analyse von exemplary (punitive) damages**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008, S. 121 f.; JANSSEN, Andre: **Präventive Gewinnabschöpfung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; STOLL, Carsten: **Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts**, Köhler-Druck, Tübingen, 2000, S. 18 ff.; NEUWALD, Jost: **Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung**, Bönecke Druck, München, 1968, S. 117 f.; HELMS, Tobias: **Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, S. 222 ff.; SCHWEERS, Stefan Christian: **Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers**, Köln, 2006, S. 84 f.; RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 ff.-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.; BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, Michael: **Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter**, Konstanz, 2004, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, Katharina: **Konflikte zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG in der Werbung mit Prominenten, Immaterialgüterrecht: Das Verhältnis von geistigem Eigentum und Menschenrechten**, Ibidem Verlag, Stuttgart, 2008, S. 185 ff.; SCHWARZ, Cornelia: **Privatrechtlicher Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber den Medien (Entwicklung von 1900 bis heute)**, Dissertation Erlangen-Nürnberg Universität, Erlangen, 1995, S. 3 f.; GÖTTING, Horst Peter: **Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte**, Verlag Mohr, Tübingen, 1995, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; UESSELER, Christina: **Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht**, Münster, 2008, S. 221 ff.; FUNKEL, Thorsten: **Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz Immaterieller Schäden in Geld (eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitssschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschäden in Deutschland und England)**, Beck, München, 2001, S. 115 f.; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354 ff.-Vitasulfal; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für tiefere Informationen: FISCHER, Peter: **Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Ersatz des Immateriellen Schadens in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, Dissertation Köln Universität, Köln, 1966, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, Franz: **Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Universitätsverlag, Freiburg, 1970, S. 93 f.; BEUTHIEN, Volker/WASMANN, Dirk: **Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz-Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung**, GRUR 1997, Heft 4, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, Maximilian: **Die Gewinnhaftung des Patentverletzers**, GRUR 2005, Heft 7, S. 529 f.; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Mefmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot/SPECHT, Louisa: **Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar**, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96 ff.-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, Peter: **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**, de Gruyter, Berlin, 2000, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, Thomas: **Kompensation und Prävention, Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im**



Verletzte drei Wahlmöglichkeiten bei der rechtswidrigen Verletzung eines Immaterialgüterrechts (Urheberrecht, Patentrecht, Geschmacksmusterrecht, Gebrauchsmusterrecht und Markenrecht) zwischen folgenden Arten der Schadensberechnung. Die Rechtsprechungen<sup>3</sup> des BGH erkennen auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form von Vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung an<sup>4</sup>.

Diese Wahlmöglichkeiten sind<sup>5</sup>:

- Konkrete (subjektive) Schadensberechnung: Ermittlung des konkreten Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns. Diese Art der Schadensberechnungsmethode stützt sich auf § 249 BGB, § 252 BGB.

---

**Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, S. 89 f.; BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für weitere Informationen: HEIL, Ulf/ROOS, Michael: Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen-zugleich Anmerkung zu BGH GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, GRUR 1994, 96. Jahrgang, Heft 1, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

3 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.

4 JENNY, Reto M.: **Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen (unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unerchter Geschäftsführung ohne Auftrag)**, Schulthess, Zürich, 2005, S. 56 f.; SCHWEERS, S. 84; ALEXANDER, Christian: **Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, S. 258 ff.; JANSSEN, s. 296 ff.; HARTL, S. 79.

5 KRAßER, Rudolf/ANN, Christoph: **Patentrecht, Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht**, 7. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2016, § 35, Rn. 68 f.; JANSEN, Nils: **Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 1. Teilband, §§ 241-432, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, Rn. 116; HARTL, S. 69; AMSCHEWITZ, Dennis: **Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, S. 297; PAAL, Boris P.: **UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Grosskommentar**, Bd. 3, §§ 8-20, 2. neu bearbeitete Auflage, Walter De Gruyter, Nördlingen, 2015, S. 223, Rn. 60; JENNY, S. 56; BEUTHIEN/WASMANN, S. 255; KOOS, Stephan: **Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Bd. 2, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016, UWG § 9, Rn. 29; DREIER, S. 81.



- Abstrakte (objektive) Schadensberechnung: Der Verletzte kann entweder (nach § 812, Abs. 1 und § 818/Abs. 2 BGB) Zahlung der fiktiven, angemessenen Lizenzgebühr, die für die Nutzung des Namens, Wortes oder Bildes verlangt werden kann, oder (nach § 687/Abs. 2, § 667 BGB) Herausgabe des erzielten Gewinns des Verletzers.

Es steht dem Verletzte frei, sich auf eine Berechnungsmethode festzulegen. Der Richter soll ihn nach der Klärung des Sachverhaltes verpflichten, diese Wahl zu treffen. Die drei Berechnungsarten konstituieren keine Wahlobligation, weil sie nur Methoden zur Berechnung eines einzelnen Schadensersatzanspruches darstellen<sup>6</sup>.

Der Verletzte darf nicht wegen des Verquickungsverbots und Vermengungsverbots miteinander vermengen oder kumulativ anwenden. Es ist unzulässig, neben dem konkreten Schaden oder Verletzergewinn eine angemessene Lizenzgebühr geltend zu machen. Dieses Verquickungsverbot oder Vermengungsverbot wird nicht verletzt, falls der Verletzte seinen Schadensersatzanspruch nach der angemessenen Lizenzgebühr bemisst und außerdem noch seinen Marktverwirrungsschaden (bzw. Diskreditierungsschaden) oder Rechtsverfolgungskosten oder auch Überwachungskosten verlangt. Das gilt allerdings nicht für Begleitschäden. Kein Verstoß liegt auch gegen das Vermengungsverbot vor, wenn diese Schäden neben der Herausgabe des Verletzergewinns verlangt werden<sup>7</sup>.

Die vorliegende Arbeit beabsichtigt, die Arten, dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme der dreifachen Schadensberechnung darzustellen. Sie gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil werden die Anwendungsbereiche der dreifachen Schadensberechnung untersucht. Anschließend wird die Geschichte der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrecht mit Rechtsprechung des RG und BGH analysiert (Teil II). Im dritten Teil werden die Bedeutung, dogmatische Grundlage, Geschichte und aktuelle Probleme der dreifachen Schadensberechnungsarten festgestellt.

6 JENNY, S. 56 f.; TROLLER, Alois: **Immaterialgüterrecht**, Bd. 2, 3. völlig überarbeitete Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985, S. 987 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 30.

7 STOLL, S. 229 f.; JANSSEN, S. 290 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 76.; AMSCHIEWITZ, S. 298; HARTL, S. 70 f.; PAAL, S. 225, Rn. 64; OHLY, Ansgar: Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht, **GRUR 2007**, Heft 11, S. 934; PITZ, Johann: **Patentverletzungsverfahren: Grundlagen, Praxis, Strategie**, 2. aktualisierte Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, Rn. 48; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 90; SCHAUB, Renate: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, **GRUR 2005**, Heft 11, S. 920; WOLFF, Bodo: **Praxiskommentar Urheberrecht, UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL**, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2019, UrhG § 97, Rn. 59; KOOS, UWG § 9, Rn. 30; ELLGER, S. 631; DREIER, S. 89.



## I. ANWENDUNGSBEREICHE DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG

Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung ist die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums oder der vergleichbaren Rechtspositionen. Die dreifache Schadensberechnungsmethode ist nicht nur im Urheberrecht<sup>8</sup>, Patentrecht<sup>9</sup>, Geschmacksmusterrecht<sup>10</sup>, Wettbewerbsrecht<sup>11</sup>, Warenzeichenrecht<sup>12</sup>; sondern auch bei Verletzung von Betriebsgeheimnissen<sup>13</sup>, Verletzung von Namenszeichen und Firmenzeichen<sup>14</sup> anerkannt<sup>15</sup>. Das RG<sup>16</sup> und später der BGH<sup>17</sup> hat diese

- 8 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.
- 9 Vgl. BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRNER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.
- 10 Vgl. BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 02.11.2000, GRUR 2001, 329 ff.-Gemeinkostenanteil, abrufbar unter: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=GRUR%202001,%20329> (zuletzt besucht am: 09.12.2019); für weitere Informationen: HAEDICKE, S. 529 ff.; MEIER-BECK, Peter: Herausgabe des Verletzergewinns-Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, **GRUR 2005**, Heft 7, S. 617 ff.
- 11 Vgl. BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: STOLL, S. 49 ff.; HEIL/ROOS, S. 26 ff.
- 12 BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354 ff.-Vitasulfal; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II; für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.
- 13 Vgl. BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.
- 14 Vgl. BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.
- 15 Für weitere Informationen: SCHWEERS, S. 84; JANSSEN, S. 296 ff.; ALEXANDER, S. 258 ff.; HARTL, S. 70; JENNY, S. 21 ff.; PAAL, S. 224, Rn. 61; BEUTHIEN/WASMANN, S. 255; JANSEN, Rn. 116.
- 16 ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.; RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 ff.-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; HELMS, S. 222 ff.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; WELKE, S. 121 f.; RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 ff.-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.
- 17 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354



Berechnungsarten auf das gesamte Immaterialgüterrecht und mit Einschränkungen auf das Persönlichkeitsrecht<sup>18</sup> (z.B.: vermögensrechtliche Komponenten der Persönlichkeitsrechte) zugelassen.

## II. DIE GESCHICHTE DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG

### A. Die Geschichte der dreifachen Schadensberechnung bei Immaterialgüterrechten

Begründer der dreifachen Schadensberechnungsmethode war das deutsche RG im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts<sup>19</sup>. Drei Schadensberechnungsarten bei Immaterialgüterrechten wurde durch

---

ff.-Vitasulfal; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96 ff.-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.; BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

18 Vgl. BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; SCHWEERS, S. 86; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

19 Das Schadensrecht des BGB wurde von der individualistischen, liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung des 19. Jahrhunderts stark beeinflusst. Siehe dazu ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.; RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 ff.-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; HELMS, S. 222 ff.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; WELKE, S. 121 f.; RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 ff.-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.



das deutsche RG begründet und hat auch die Anwendung in die schweizerische Rechtsprechung und Lehre gefunden<sup>20</sup>. Das RG hat diese Schadensberechnungsmethode, die mittlerweile gewohnheits- bzw. richterrechtlich ist, entwickelt.

Die Berechnungsarten sind zu großen Teilen auch gesetzlich<sup>21</sup> anerkannt. Das RG hat diese Schadensberechnungsmethode zuerst im Urheberrechtsgesetz (1870) und im Patentgesetz (1877) unter Bezugnahme auf römisch-rechtliche Quellen entwickelt<sup>22</sup>.

Im Jahre 1877 hat das Reichsoberhandelsgericht in der „Theater“-Entscheidung<sup>23</sup> einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns bei Urheberrechtsverletzungen als Schadensersatz anerkannt. Das ROHG hat zwar in seiner Entscheidung die Bereicherungshaftung des Verletzers, der an einem Theaterstück ohne Zustimmung des Urhebers aufgeführt hatte, abgelehnt. Aber in dieser Entscheidung hat ROHG einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns als Schadensersatz für die unbefugte Aufführung eines Theaterstückes unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zugelassen. Das ROHG hat bestimmt, dass der Schadensersatz sich nicht nur auf die Erstattung des konkreten Schadens beschränkt, sondern unter allen Umständen auf Herausgabe des Verletzergewinns gerichtet ist.

- 
- 20 Vgl. BGer Urteil vom 04.11.1910, BGE 36 II 610 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2036610.pdf> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BGer Urteil vom 15.02.1912, BGE 38 II 289 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2038289.pdf> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BGer Urteil vom 28.12.1923, BGE 49 II 507 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2049507.pdf> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BGer Urteil vom 16.03.1971, BGE 97 II 169 ff., abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/c2097169.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BVerfG Urteil vom 14.01.1998, BVerfGE 97, 125 ff.-Caroline von Monaco I, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097125.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); BVerfG Urteil der 1. Kammer des Ersten Senats vom 22.08.2006, 1 BvR 1168/04, Rn. 1-44, abrufbar unter: [https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20060822\\_1bvr116804.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20060822_1bvr116804.html) (zuletzt besucht am: 26.11.2019).
- 21 Der Schutzrechtsinhaber kann in den Spezialgesetzen regelten Schadensersatzanspruch erlangen (vgl. § 139/Abs. 2 PatG; § 24/Abs. 2 GebrMG; §§ 14/Abs. 6, 15/Abs. 5 MarkenG; § 97/Abs. 1, 3. Alt. UrhG; §§ 42/Abs. 2, 14a/Abs. 1, 2. Alt. GeschmMG), wenn der Verletzer schuldhaft handelt. Siehe dazu: Von BÜREN, Roland/MARBACH, Eugen: **Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli, Bern, 2002, S. 78 f.; Vgl. KELKER, Alexandra: **Gewinnherausgabe zwischen Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch im Immaterialgüterrecht (zugleich eine historische und dogmatische Untersuchung des heutigen Immaterialgüterrechts sowie der einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetze)**, Dissertation Münster Universität, Münster, 2003, S. 28 f.; KRAËR/ANN, § 35, Rn. 69; PAAL, S. 229, Rn. 69; OHLY, S. 926 f.; HAEDICKE, S. 530; ELLGER, S. 592 ff.
- 22 JANSSEN, S. 289; SCHWEERS, S. 84; JANSEN, Rn. 116 f.; HELMS, S. 224; ALEXANDER, S. 258.
- 23 ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 (341)-Theater, für weitere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.; STOLL, S. 17.



Bezugnehmend auf die „*Theater*“-Entscheidung hat das RG in der „*Ariston*“-Entscheidung<sup>24</sup> (1895) die dreifache Schadensberechnung erstmals begründet. Der Verletzer, hatte einige populäre Musikstücke, die der Schutzrechtsinhaber komponiert und im Selbstverlag vertrieben hatte, ohne Zustimmung des Schutzrechtsinhabers für seine Notenscheiben verwendet. Der Schutzrechtsinhaber hat von dem Verletzer, der Leipziger Musikwerke AG, Schadensersatz gefordert, da die Gesellschaft seine Kompositionen ohne seine Genehmigung vertrieben hat. Der Schutzrechtsinhaber konnte einen entgangenen Gewinn nicht nachweisen. Deswegen hat das RG in dieser Entscheidung dem Verletzten eines Musikurheberrechts die Möglichkeit erlaubt, seinen Schadensersatz in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr geltend zu machen. Das RG hat als Schadensberechnung nach der Lizenzgebühr zunächst nur eine Beweiserleichterung für die Festsetzung des entgangenen Gewinns akzeptiert. Ferner hat das RG gemäß „*Ariston*“-Entscheidung erklärt, dass der Schutzrechtsinhaber als Schadensersatz fordern kann, was er gehabt hätte, wenn der Verletzer die Musikstücke mit seiner Genehmigung verwertet hätte<sup>25</sup>.

In besagter „*Ariston*“-Entscheidung hat zwar das RG die enge Verbindung von Bereicherungsanspruch und Schadensersatzanspruch geltend gemacht, aber das Gericht hat zum ersten Mal die dreifache Methode der Schadensberechnung ausschließlich unter dem Aspekt des Schadensersatzanspruchs begründet<sup>26</sup>.

Das RG hat seine grundlegenden Entscheidungen<sup>27</sup> aus den Jahren 1895 und 1898 einerseits auf die Differenzhypothese abgestellt, andererseits aufgeklärt, dass die Ermittlung einer solchen Differenz von der Frage abhängt, „*was unter dem beschädigenden Ereignis zu verstehen ist*“.

Das RG hat später die dreifache Schadensberechnung auf das Patentrecht<sup>28</sup> und auf das Gebrauchsmusterrecht<sup>29</sup> ausgedehnt. Aber die dreifache

24 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (67 f.)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; HELMS, S. 222 ff.

25 JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 f.; STOLL, S. 18; HELMS, S. 222 f.; NEUWALD, S. 117 f.; WELKE, S. 121 f.; ALEXANDER, S. 258 f.

26 ELLGER, S. 621 f.; SCHWEERS, S. 85.

27 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (66)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; HELMS, S. 222 ff.; RG Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 (59)-Vergärung von Maische, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117 f.; WELKE, S. 121; JANSSEN, S. 294 f.; ALEXANDER, S. 258 f.

28 RG Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 (59)-Vergärung von Maische; RG Urteil vom 03.02.1909, RGZ 70, 249 ff.-Patentverletzung, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117 f.; WELKE, S. 121 f.; JANSSEN, S. 294 f.

29 RG Urteil vom 11.01.1902, RGZ 50, 111 ff.-Regenrohrsiphon, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117; WELKE, S. 121; JANSSEN, S. 294 f.



Schadensberechnung konnte keine Anwendung im Warenzeichenrecht finden. Durch den BGH wurde diese Schadensberechnungsmethode später auch im Warenzeichenrecht zugelassen<sup>30</sup>.

Diese Schadensberechnungsmethode wurde durch das RG in der Entscheidung<sup>31</sup> „Scheidenspiegel“ (1937) als ständige Rechtsprechung genannt. In ständiger Entscheidung des RG handelt sich um die Unzulässigkeit der Berechnung wegen des Verquickungsverbots nach dem entgangenen Gewinn mit einer der beiden anderen Berechnungsarten. Hierin hat der Schutzrechtsinhaber die angemessene Lizenzgebühr und entgangenen Gewinn gemeinsam geltend gemacht. Aber das RG hat entschieden, dass die beiden Berechnungsmethoden nicht miteinander vermergt wurden.

Der BGH hat sich unter Berufung auf seine richterrechtliche Anerkennung ohne Prüfung der ständigen Rechtsprechung des RG angeschlossen und den Anwendungsbereich auf andere Immaterialgüterrechte und das Persönlichkeitsrecht erweitert<sup>32</sup>. Gemäß

30 Für tiefere Informationen: JANSSEN, S. 296 ff.; ALEXANDER, S. 258 ff.; Vgl. BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfa; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für weitere Informationen: STOLL, S. 25 ff.

31 RG Urteil vom 13.10.1937, RGZ 156, 65 (67)-Scheidenspiegel, für weitere Informationen: STOLL, S. 19 f.

32 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 ff.-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354 ff.-Vitasulfa; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96 ff.-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.; BGH Urteil vom 16.02.1973, GRUR 1973, 375 ff.-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 ff.-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841 ff.-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.>



der Rechtsprechung hat der BGH diese Berechnungsmethode schließlich zum Gewohnheitsrecht<sup>33</sup> erklärt und die drei Berechnungsmethoden als keine selbstständigen Anspruchsgrundlagen, sondern nur als besondere Arten der Schadensberechnung dargestellt<sup>34</sup>.

In der bekannten Entscheidung<sup>35</sup> „Meßmer-Tee II“ (1966) hat der BGH den Anspruch auf Zahlung einer Entschädigungslizenz auch in das Warenzeichenrecht eingeführt. Das Gericht hat im „Meßmer-Tee II“ Fall geurteilt, dass der Warenzeicheninhaber die Schadensberechnung auch auf die Grundlage der Lizenzanalogie vornehmen könne. Das heißt, dass der BGH die zweite Berechnungsmethode (angemessene Lizenzgebühr) für Warenzeichenrecht bejaht und ausgeführt hat: *„Die Berechnung des Schadens unter dem Gesichtspunkt der angemessenen Lizenzgebühr kommt bei Eingriffen in das Ausschließlichkeitsrecht des Immaterialgüterrechts überall dort in Betracht, wo die Übertragung oder Überlassung solcher Rechte zur Benutzung durch Dritte gegen Entgelt rechtlich möglich und verkehrsüblich ist. Sie scheidet aus, wo der Rechtseingriff üblicherweise auch gegen Entgelt nicht gestattet oder hingenommen wird, wie regelmäßig bei schwerwiegenden Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts, deren Gestattung den Verletzten in eine unwürdige Lage bringen würde“*.

Der BGH hat mit dieser Entscheidung dargestellt, dass zwischen den im Immaterialgüterrecht anerkannten Möglichkeiten der Schadensberechnung kein Wahlschuldverhältnis besteht, und sich die drei Berechnungsarten nicht gegenseitig ausschließen. Das heißt, dass sich bei den drei Bemessungsarten nicht um verschiedene Ansprüche mit unterschiedlichen Rechtsgrundlagen handelt. Deswegen liegt kein Wahlschuldverhältnis vor<sup>36</sup>.

---

[bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html](http://bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html) (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

33 Vgl. BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

34 BEUTHIEN/WASMANN, S. 255 f.; STOLL, S. 21 f.

35 BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; ähnlich BGH Urteil vom 29.07.2009, GRUR 2010, 239 ff.-BTK, für tiefere Informationen: BINDER, Christof: Die Zukunftsfähigkeit der markenrechtlichen Lizenzanalogie, **GRUR 2012**, Heft 12, S. 1186 ff.

36 DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 90; STOLL, S. 24 f.; PAAL, S. 225, Rn. 63; Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.



In besagter Entscheidung wurde die Berechnung des Schadens bei Eingriffen in die Ausschließlichkeitsrechte des Immaterialgüterrechts beachtet, wo die Übertragung oder Überlassung solcher Rechte zur Benutzung durch Dritte gegen Entgelt rechtlich möglich und verkehrüblich ist<sup>37</sup>.

Im Jahre 1972/1973 hat der BGH mit der „Wandsteckdose II“-Entscheidung<sup>38</sup> die dreifache Schadensberechnung schließlich auch auf das Wettbewerbsrecht weiterentwickelt. Der BGH hat in dieser Entscheidung zum ersten Mal erklärt, dass die Schadensberechnung nach einer entgangenen Lizenzgebühr bei einer wettbewerbswidrigen sklavischen Nachahmung zulässig ist.

In einem Vorprozess ist dem Beklagten unter Strafandrohung verboten worden, in einem bestimmten Gebiet eine bestimmte Wandsteckdose anzubieten oder zu vertreiben. Ferner ist im Vorprozess rechtskräftig festgestellt worden, dass die Beklagte der Klägerin den gesamten Schaden zu ersetzen hat, der dieser dadurch entstanden ist und noch entsteht, dass die Beklagte die unter das Verbot fallenden Wandsteckdosen angeboten oder vertrieben hat. Auf Grund der rechtskräftigen Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten im Vorprozess verlangt die Klägerin nunmehr im vorliegenden Rechtsstreit die Zahlung eines angemessenen Schadensersatzes in Form einer Lizenzgebühr aus den Bruttoerlösen der Beklagten, die diese mit nachgeahmten Wandsteckdosen erzielt hat<sup>39</sup>.

Die Revision der Beklagten gegen das „Wandsteckdose II“ Urteil ist durch ein Urteil des BGH zurückgewiesen worden. In der Revision hat der BGH die Verurteilung der Beklagten nach § 1 UWG wettbewerbswidrigen Nachahmung der eigenartigen, im Verkehr bekannten Merkmale der Wandsteckdose der Klägerin gebilligt<sup>40</sup>.

Der BGH hat auch aus dem Jahre 1972 in dem „Cheri“ Urteil<sup>41</sup> über die Wahrscheinlichkeit der Schadensentstehung bei der dreifachen Schadensberechnung entschieden. Ferner hat der BGH gemäß „Cheri“-

37 BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.

38 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für weitere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

39 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

40 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

41 BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 (183)-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.



Entscheidung ausgesagt, dass für die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts ausreichend ist, dass nach den Erfahrungen des Lebens eines Schadenseintritts in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten ist. Dadurch führt der BGH aus, dass die Verpflichtung zum Schadensersatz begründet ist, wenn ein Schaden mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.

Obwohl die Methode der dreifachen Schadensberechnung seit über einem Jahrhundert besteht und richterrechtlich anerkannt ist, sind die dogmatischen Grundlagen noch umstritten.

### **B. Die Geschichte der dreifachen Schadensberechnung bei Persönlichkeitsrechten**

Der BGH hat in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung<sup>42</sup> aus dem Jahre 1956 erstmals bei Persönlichkeitsrechten die Berechnung des Schadens nach einer angemessenen Lizenzgebühr für anwendbar erklärt, weil die Verletzung bei Persönlichkeitsrechten naturgemäß nicht rückgängig gemacht werden kann und auch eine konkrete Berechnung des Schadens für die Gerichte schwer ist. Für die Entwicklung und Entstehung der dreifachen Schadensberechnungsmethode hat diese Entscheidung eine wichtige Rolle gespielt.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch vermögenswerte Interessen. Dies hat der BGH zum ersten Mal 1959 in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung geurteilt. In dem damaligen Verfahren hat ein bekannter Schauspieler dagegen geklagt, sein Bildnis ohne seine Zustimmung zur Werbung für einen Motorroller zu verwenden. Der Beklagte des Verfahrens, ein Pressefotograf, machte vom Kläger, einem bekannten Theater- und Filmschauspieler, einige Fotos, um diese zu veröffentlichen. Eine der Aufnahmen zeigte den Kläger, der auf seinem Motorroller sitzt. Diese Aufnahmen wurden vom Fotografen auch der beklagten Gesellschaft, der Herstellerfirma des Motorrollers, gegen Vergütung für eine Reklame zur Verfügung gestellt. Das war mit dem Kläger aber nicht abgesprochen. Die Gesellschaft verwendete das Bild auf einer Reklameseite, auf der jedes Bild mit einer Unterschrift versehen war, die auf das jeweilige Fabrikat hinwies. Auf Verlangen des Klägers war die Gesellschaft damit einverstanden, von einer weiteren Veröffentlichung des fraglichen Fotos abzusehen. Einen vom Kläger geltend gemachten Schadenersatzanspruch lehnte sie aber ab. Daraufhin forderte der Kläger von beiden Beklagten Schadenersatz. In der Entscheidung wurde dargestellt, dass bei allen unerlaubten Eingriffen

42 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.



in vermögenswerte Ausschließlichkeitsrechte, die üblicherweise nur gegen Entgelt erstattet werden. Damit hat der BGH ein allgemeines Kriterium für die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung bei Persönlichkeitsverletzungen bezeichnet, das auf die Art des Eingriffs und nicht auf das betroffene Persönlichkeitsrecht abzielt<sup>43</sup>.

Der BGH hat auch die Möglichkeit eines Nebeneinanders der Ansprüche auf Ersatz des immateriellen Schadens (Entschädigungsanspruch) und auf Ersatz des Vermögensschadens hat in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung zugelassen<sup>44</sup>. Dabei hat der BGH dem Schutzrechtsinhaber einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr zugesprochen, weil er keine Zustimmung zu der Verwertung seines Bildnisses im Rahmen einer Werbung gegeben hat<sup>45</sup>.

In der gemäß der „Paul-Dahlke“-Entscheidung weiteren ergangenen, für die Entwicklung dieser Rechtsprechung wichtigen „Herrenreiter“-Entscheidung<sup>46</sup> aus dem Jahre 1958, hat der BGH die Voraussetzungen begrenzt, darunter die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr im Falle der Verletzung eines vermögenswerten Persönlichkeitsrechtsbestandteiles.

In der Herrenreiter-Entscheidung hat der Senat erklärt, dass sich der Anspruch auf angemessene Lizenzgebühr nicht auf die allgemeinen Bestimmungen des Schadensersatzrechtes berufe, sondern auf eine gewohnheitsrechtliche Ergänzung für den Fall der Verletzung von vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten. Damit wird die angemessene Lizenzgebühr nicht nur als entgangener Gewinn, sondern auch als selbständige Berechnungsmethode benannt<sup>47</sup>.

Der Kläger des Verfahrens hat als Herrenreiter auf Turnieren gearbeitet. Der Verletzer war Hersteller eines pharmazeutischen Präparats. Dies dient nach der Vorstellung weiter Bevölkerungskreise der Hebung der sexuellen Potenz. Der Verletzer hat zur Werbung für dieses Mittel in der Bundesrepublik ein Plakat mit der Abbildung eines Turnierreiters verbreitet. Auf dem Plakat war ein Originalfoto des Klägers zu sehen, welches von einem Presseverlag bei einem Reitturnier aufgenommen

43 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.

44 UESSELER, S. 221 f.; HARTL, S. 65; GÖTTING, S. 7 f.

45 BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.

46 BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.

47 BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; SCHWEERS, S. 86; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.



wurde. Eine Einwilligung zur Verwendung dieses Fotos hatte der Kläger nicht erteilt. Hierin hat der BGH eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts gesehen und in diesem Fall einen Anspruch des Verletzten auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr abgelehnt. Aber mit einer Analogie (§ 847 BGB Schmerzensgeldanspruch) wurde durch den BGH diese besagte Entscheidung befürwortet<sup>48</sup>. Mit dieser Entscheidung hat der BGH die Möglichkeit erlaubt, Schmerzensgeld bei der unbefugten Veröffentlichung von Bildern zu verlangen. Aber das Schmerzensgeld wird heute als „Entschädigung“ bezeichnet (§ 253/Abs. 2 BGB) und aus § 823 BGB direkt abgeleitet.

In der oben dargestellten Entscheidung „Herrenreiter“ wurde erstmalig bei Persönlichkeitsverletzungen eine Geldentschädigung für Schmerzensgeld zuerkannt. Diese Geldentschädigung der kommerziellen Nutzung fremder Persönlichkeitsrechte stützt sich auf den ursprünglichen Ansatz des RG bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten. Der BGH hat hier anders als bei Immaterialgüterrechten keinen materiellen Ersatz, sondern nur eine Entschädigung für den immateriellen Verlust gewähren wollen, wenn der Verletzte zu einer kommerziellen Verwertung seines Persönlichkeitsrechts nicht bereit war<sup>49</sup>.

Der Weg dieser Analogie (§ 847 BGB) wurde vom BGH mit dem „Ginseng“-Urteil<sup>50</sup> (1961) und der „Hochzeitsbild“-Entscheidung<sup>51</sup> (1962) aufgegeben. Bei der Verletzung des Persönlichkeitsrechts hat der BGH dem Schutzrechtsinhaber mit der Anwendung des § 847 BGB Geldersatz zugesprochen, falls es sich im Ergebnis um eine schwerwiegende Verletzung handelt oder falls den Verletzer der Vorwurf eines schweren Verschuldens trifft.

Der BGH hat infolge der vermögensrechtlichen Neuorientierung diese Schadensberechnungsmethode auch in dem Urteil<sup>52</sup> „Marlene Dietrich

48 UESSELER, S. 224 f.; FISCHER, S. 15 f.; HOFMANN, Ruben A./FRIES, Peter: Der äußerungsrechtliche Geldentschädigungsanspruch im digitalen Zeitalter, *NJW* 2017, Heft 33, S. 2369; WENKER, Rainer: Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, *NZV* 2014, Heft 6, S. 243.

49 FISCHER, S. 15 f.; JANSEN, Rn. 116, 122; SLIZYK, Andreas: **Schmerzensgeld**, 16. überarbeitete und aktualisierte Auflage, C.H.Beck, München, 2020, Rn. 165; ERGER, Christian/KAESLING, Katharina: Immaterieller Schadensersatz im Zugewinnausgleich der deutsch-französischen Wahlzugewinnungsgemeinschaft, *NZFam* 2014, Heft 14, S. 632 f.

50 BGH Urteil vom 19.09.1961, BGHZ 35, 363 ff.-Ginsengwurzel, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz035363.html> (zuletzt besucht am: 04.12.2019); für weitere Informationen: FUNKEL, S. 116 f.

51 BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.

52 BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html>



(*der Blaue Engel*)“ (2000) bestätigt. Damit hat der BGH mit der „*Marlene Dietrich*“-Entscheidung (der Blaue Engel-Entscheidung) vermögenswerte Persönlichkeitsrechte qualifiziert. Der BGH hat auch festgestellt, dass durch eine unerlaubte Verwertung ihrer Persönlichkeitsmerkmale kommerzielle Interessen der Betroffenen beeinträchtigt werden, weil die Betroffenen sich weniger in ihrer Ehre und ihrem Ansehen verletzt fühlen, als vielmehr finanziell benachteiligt sehen.

Das Gericht hat über einen Streit der Verwendung eines Bildes von Marlene Dietrich zu Werbezwecken zu entscheiden. Die Firma Toshiba hat im Jahre 1993 die berühmte Pose aus dem Film „*Der blaue Engel*“ benutzt und diese Pose zu Werbezwecken nachgestellt. Mit dieser nachgestellten Pose hat die Firma anschließend für seine Produkte geworben. Die Tochter von Marlene Dietrich hat durch eine von ihr gegründete Verwertungsgesellschaft für diese Art der Vermarktung die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr geltend gemacht. Nachdem die Klage der Tochter in den ersten beiden Instanzen abgewiesen wurde, hat sie vom BGH die geltend gemachten Zahlungen zugesprochen bekommen. Nach Ansicht des BGH dient das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur dem Schutz ideeller, sondern auch kommerzieller Interessen der Persönlichkeit. Wenn diese vermögenswerten Bestandteile des Persönlichkeitsrechts durch eine unbefugte Verwendung verletzt werden, steht dem Träger des Persönlichkeitsrechts auch ein Schadensersatzanspruch zu<sup>53</sup>.

Beziehungsweise hat der BGH mit der „*Marlene Dietrich*“-Entscheidung zugelassen, dass wie im Immaterialgüterrecht auch im Persönlichkeitsrecht die dreifache Schadensberechnung Anwendung findet und dass der Schutzrechtsinhaber einen Schadensersatzanspruch nach §§ 823, 249, 252 BGB hat und im Rahmen dieses Anspruchs seinen Schaden konkret berechnen, die übliche Lizenzgebühr oder den Verletzergewinn verlangen kann<sup>54</sup>.

---

(zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.

53 HARTL, S. 94 f.; UESSELER, S. 221 f.; SCHERRER, S. 185 f.

54 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 19.09.1961, BGHZ 35, 363 ff.-Ginsengwurzel, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz035363.html> (zuletzt besucht am: 04.12.2019); für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 116 f.; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de>; <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.



Die dreifache Schadensberechnung ist bei Immaterialgüterrechten schon lange eine anerkannte Methode zur Schadensbemessung<sup>55</sup>. Letztlich ist durch den BGH die Anwendung der dreifachen Schadensberechnung auf die Schutzwirkung des Persönlichkeitsrechts zurückzuführen<sup>56</sup>.

### III. DIE WAHLMÖGLICHKEITEN DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG UND AKTUELLE PROBLEME DER DREIFACHEN SCHADENSBERECHNUNG IN DEUTSCHLAND

#### A. Erste Wahlmöglichkeit der Schadensberechnung: Konkrete Schadensberechnung

Der Schutzrechtsinhaber kann zunächst seinen Schaden konkret berechnen. Er kann seinen Schaden als positiven Schaden § 249 BGB (damnum emergens) oder als entgangenen Gewinn § 252 (lucrum cessans) anfordern<sup>57</sup>.

Das RG hat seine grundlegenden Entscheidungen<sup>58</sup> aus den Jahren 1895 und 1898 ausdrücklich auf den allgemeinen Schadensbegriff bzw.

55 Das Gewohnheitsrecht begründet sich nicht nur aus einer ständigen Rechtsprechung, sondern ist Zeichen einer allgemeinen Rechtsüberzeugung. Diese muss in dem Sinn allgemeinen sein, dass sie der Überzeugung der Beteiligten entspricht und einen rechtsetzenden Grundsatz beinhaltet. Beteiligt sind nicht nur Juristen, sondern auch Laien. Entscheidend ist, dass das Gewohnheitsrecht nach dieser üblichen Überzeugung auch die Gerichte bindet, da sonst der Normcharakter fehlt. Als Grundlage der dreifachen Schadensberechnung wird das Gewohnheitsrecht vor allem von den Befürwortern der Anwendbarkeit der dreifachen Schadensberechnung im Immaterialgüterrecht und Persönlichkeitsrecht wird dieses Argument manchmal als zu schwach angesehen, jedenfalls, wenn es allein eine tragfähige Begründung herbei leitet, für die weiteren Informationen: ELLGER, S. 648 ff.; SCHWEERS, S. 91 ff.; Vgl. BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.

56 Siehe hierzu: BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408 ff.-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084 ff.-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689 ff.-Oskar Lafontaine.

57 JENNY, S. 57; AMSCHWITZ, S. 297; REESE, Jan Frederik: **Die Bewertung von Immaterialgüterrechten**, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht Bd. 14, V&R Unipress, Göttingen, 2005, S. 78; WIDMER, Beat: **Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (neue Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169)**, Reihe A: Privatrecht, Bd. 13, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985, S. 2; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 62; KOOS, UWG § 9, Rn. 27; ELLGER, S. 625.

58 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (66)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; HELMS, S. 222 ff.; RG Urteil vom 31.12.1898, RGZ 43, 56 (59)-Vergärung von Maische, für weitere Informationen JANSSEN, Rn. 117 f.; WELKE, S. 121; JANSSEN, S. 294 f.; ALEXANDER, S. 258 f.



die Differenzhypothese abgestellt<sup>59</sup>. Die wohl herrschende Lehre<sup>60</sup> ermittelt den Schaden gemäß Differenzhypothese nach § 249/Abs. 1 BGB als eine von zwei Zuständen: „Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens des Geschädigten und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte“. Die konkrete Schadensberechnung muss als praktische Anwendung der Differenzhypothese verstanden werden. Bei der konkreten Schadensberechnung nach der Differenzhypothese wird die reale Veränderung im Vermögen des Verletzten ermittelt und in Geld bewertet. Aber sowohl bei Immaterialgüterrechten als auch bei Persönlichkeitsrechten führt die Differenzhypothese oftmals zu unbefriedigenden Ergebnissen. Diese unbefriedigenden Ergebnisse der Schadensberechnung nach der Differenzhypothese führte zur Anerkennung der dreifachen Schadensberechnung (bzw. die Methode der Lizenzanalogie oder Herausgabe des Gewinns).

Die Rechtsprechung<sup>61</sup> billigt bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts in Form von vermögenswerten Ausschließlichkeitsrechten die Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung. Bei Persönlichkeitsrechten im Rahmen des Anspruch aus § 823/Abs. 1 BGB hat der Verletzer dem Schutzrechtsinhaber den entstandenen Schaden nach der Differenzhypothese des § 249 BGB zu ersetzen, in der Höhe, wäre der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten. Diese Wiederherstellung in Natur ist bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts nur durch einen Widerruf oder eine Gegendarstellung möglich, die es

59 Der BGH erklärt den Schadensbegriff in seinen Entscheidungen: „Der Schaden, von dem die §§ 249, 251 BGB ausgehen, besteht... in dem Unterschied zwischen der Vermögenslage des Geschädigten, wie sie sich infolge des schadenstiftenden Ereignisses gestaltet hat, und seiner Vermögenslage, wie sie ohne dieses Ereignis bestehen würde, wenn dabei der Ersatzanspruch selbst unberücksichtigt bleibt“, Vgl. BGH Urteil vom 06.10.1965, GRUR 1966, 92 ff.; BGH Urteil vom 20.09.1956, NJW 1957, 831 ff.

60 TROLLER, S. 986 f.; NEUWALD, S. 34 f.; JANSEN, Rn. 117; STOLL, S. 95 f.; HANSEN, Wilhelm Matthias: **Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Gebrauchsentzug von Kraftfahrzeugen und zur Beeinträchtigung der Urlaubsfreude)**, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1977, S. 39 f.; HARTL, S. 85 f.

61 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 19.09.1961, BGHZ 35, 363 ff.-Ginsengwurzel, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz035363.html> (zuletzt besucht am: 04.12.2019); für weitere Informationen: FUNKEL, S. 116 f.; BGH Urteil vom 10.11.1961, GRUR 1962, 211 ff.-Hochzeitsbild, für weitere Informationen: FISCHER, S. 15 f.; STOLL, S. 164 f.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://beck-online.beck.de;https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.



nicht vermöge, den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen. Bei Persönlichkeitsrechten hat der Schutzrechtsinhaber die Möglichkeit der Entschädigung in Geld, seinen Schaden nach § 251/Abs. 1 BGB geltend zu machen, weil eine solche von § 249 BGB geforderte Naturalrestitution regelmäßig nicht möglich ist. Die konkrete Schadensberechnungsmethode spielt auch in der Rechtsprechung des Persönlichkeitsrechts eine untergeordnete Rolle, weil es schwer ist, sie zu berechnen und zu beweisen<sup>62</sup>.

Der Schaden kommt in zwei Formen vor: Einerseits Verminderung der Aktiven oder Vermehrung der Passiven (*damnum emergens*, z.B. in Form ungedeckter Abwehrkosten), andererseits entgangener Gewinn (*lucrum cessans*, z.B. weil wegen der Patentverletzung die Preise gesenkt werden mussten oder weil die Umsätze eingebrochen sind)<sup>63</sup>.

### 1. Positiver Schaden (*Damnum Emergens*, § 249 BGB)

Positiver Schaden kommt bei Immaterialgüterrechtsverletzungen kaum in Frage, da die Rechtsgüter im Allgemeinen wegen Immaterialität weder beschädigt noch zerstört werden können<sup>64</sup>. Die unberechtigte Nutzung des Immaterialguts beeinträchtigt nämlich den Inhaber nicht konkret in seinem Vermögen, weil das Immaterialgut kein Vermögensaktivum darstellt.

Der entgangene Gewinn wird als Schaden neben dem positiven Schaden berücksichtigt, der vor allem aus den Aufwendungen des Verletzten zur Ermittlung und Verfolgung des Verletzers, auch aus dem Marktverwirrungsschaden, den Rechtsverfolgungskosten und den Überwachungskosten besteht. Der positive Schaden besteht aus dem Marktverwirrungsschaden, den Rechtsverfolgungskosten und den Überwachungskosten<sup>65</sup>.

62 Das Grundprinzip der Naturalrestitution ist im Immaterialgüterrecht oder im Persönlichkeitsrecht häufig nicht anwendbar, weil die Schutzrechtsverletzung an einem geistigen Gut nicht rückgängig gemacht werden kann. Deswegen findet regelmäßig der Geldersatzanspruch gemäß § 251 BGB Anwendung. Die problemlose Verletzung von Immaterialgüterrechten sowie der nur schwerlich zu erbringende Nachweis der Tatbestandsvoraussetzungen führten zu der Entwicklung von drei Berechnungsmethoden, um dem erhöhten Schutzbedürfnis des Schutzrechtsinhaber gerecht zu werden, siehe dazu: SCHWEERS, S. 67 f.; KELKER, S. 28 f.; HARTL, S. 65 f.; UESSELER, S. 224 f.; FUNKEL, S. 45 ff.; JANSEN, Rn. 102 f.; ELLGER, S. 625 f.; EHLERS, Wolfram: **Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977, S. 103 f.

63 Von BÜREN/MARBACH, S. 205 f.; TROLLER, S. 986 f.

64 JENNY, S. 82; ELLGER, S. 625.

65 WIDMER, S. 119 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 77; JENNY, S. 57 f.; Von BÜREN/MARBACH, S. 205.



### a. Marktverwirrungsschaden

Unter dem Begriff des Marktverwirrungsschadens wird eine durch die Schutzrechtsverletzung verursachte Unsicherheit der Abnehmer bezüglich der Herkunft und Qualität der Waren verstanden. Marktverwirrungsschaden kann sich auch in Form der Schwächung einer Marke, eine Verminderung des Werts eines Immaterialguts, eine Beeinträchtigung des guten Rufs (bzw. Goodwills des Schutzrechtsinhabers) oder ein Verlust der Marktstellung des Schutzrechtsinhabers ergeben<sup>66</sup>. Deswegen wird der Marktverwirrungsschaden zum Diskreditierungsschaden gezählt<sup>67</sup>. Der Differenzschaden besteht nicht nur aus einem Umsatzverlust, sondern auch dem Marktverwirrungsschaden.

Hier versteht die Rechtsprechung<sup>68</sup> unter Marktverwirrungsschaden, dass einerseits die Kosten, welche der Verletzte aufwendet, um einer Marktverwirrung entgegenzutreten (z.B. gezielte Werbemaßnahmen des Betroffenen) und andererseits die Kosten der erforderlichen Gegenmaßnahmen, weiter der Minderwert des Unternehmens oder des Immaterialguts (Diskreditierungsschaden), der trotz Gegenmaßnahmen verbleibt<sup>69</sup>.

Beim Marktverwirrungsschaden handelt es sich nicht um weitere Schadensberechnungsmethode, sondern um einen Schadensposten im Rahmen des Grundsatzes der konkreten Schadensberechnung. Marktverwirrungsschaden kann als positiver Schaden geltend gemacht werden, als ein durch die Verletzung bewirkter Wertverlust des Schutzrechts, der vergleichbar mit dem Minderwert einer beschädigten körperlichen Sache ist. Aber die aufgrund einer Marktverwirrung beeinträchtigen Gewinnaussichten (Diskreditierungsschaden) können also nicht als positiver Schaden geltend gemacht werden. Vielmehr sind sie als entgangener Gewinn, bzw. zukünftiger, entgehender Gewinn zu liquidieren. Wichtig ist, dass die Gewinne dem Inhaber aller Voraussicht nach zugekommen wären, wenn das Immaterialgut nicht beeinträchtigt

66 Von BÜREN/MARBACH, S. 205; SCHRAMM, Carl: Der Marktverwirrungsschaden, **GRUR** 1974, Heft 9, S. 618; JENNY, S. 58 f.; OHLY, S. 930; STOLL, S. 108 f.; REESE, S. 78 f.; WIDMER, S. 3 f.; ELLGER, S. 631.

67 SCHRAMM, S. 617; WIDMER, S. 3 f.; STOLL, S. 109; JENNY, S. 60; OHLY, S. 930; ELLGER, S. 631.

68 BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

69 JENNY, S. 58 f.; STOLL, S. 108 f.; WIDMER, S. 3 f.; SCHRAMM, S. 618.

worden wäre. Dagegen können die zukünftigen Aufwendungen des Verletzten, um einer Marktverwirrung entgegenzutreten, als positiver Schaden geltend gemacht werden, weil sie sich in einer Gefährdung offenbaren, die sich schon jetzt durch den Minderwert eines Objektes auswirkt, die des verletzten Immaterialguts. Ein Ersatz für zukünftigen Schaden kann nur dann zugesprochen werden, wenn die Gefährdung deutlich genug ist und der Eintritt des Schadens im Zeitpunkt des Urteils als ausreichend wahrscheinlich erscheint<sup>70</sup>.

Der BGH hat den Marktverwirrungsschaden zugelassen und neben jeder der drei Berechnungsarten auch bejaht, den Marktverwirrungsschaden nach § 251/Abs. 1 BGB verlangen zu können<sup>71</sup>. Der Verletzte kann einen Marktverwirrungsschaden fordern, ohne gegen das Vermengungsverbot oder Verquickungsverbot zu verstoßen. Ferner hat der BGH mit den Entscheidungen „Meßmer Tee II“<sup>72</sup>, „Allzweck-Landmaschine“<sup>73</sup>,

70 STOLL, S. 108 f.; WIDMER, S. 5 f.; JENNY, S. 62 f.

71 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

72 „...Soweit das konkrete Verhalten des Verletzers nur deshalb nicht Gegenstand eines wirksamen Lizenzvertrags sein könnte, weil es mit einer gegen § 3 UWG verstößenden Täuschung der Käuferkreise verbunden ist, kann der verletzte Zeicheninhaber über die übliche, auf einen zulässigen Vertragsinhalt abgestellte Lizenzgebühr hinaus nach § 251 Abs. 1 BGB Ersatz des Schadens verlangen, der durch eine nicht verkehrsmäßige, marktverwirrende und den Ruf seines Zeichens diskreditierende Zeichenbenutzung entstanden ist. Das ergibt sich insbesondere daraus, daß im Rahmen des üblichen Lizenzvertrags, bei dem neben der Erkennbarmachung der organisatorischen oder rechtlichen Beziehung zwischen dem Rechtsinhaber und dem Lizenznehmer auch die Einhaltung bestimmter Qualitätsanforderungen - wie sie der Ware des Lizenzgebers entsprechen - ausbedungen worden ist, der gegen diese Verpflichtung verstößende Lizenznehmer dem Zeicheninhaber wegen positiver Vertragsverletzung neben der vereinbarten Lizenzgebühr Schadensersatz für den angerichteten Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden zu leisten hätte...“, BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.

73 „...Amtliche Leitsätze: zur Geltendmachung eines durch die Vorenthaltung von Patenten entstandenen „Marktverlustschadens“ im Wege der Feststellungsklage... Der Kl. macht mit seinen Klageanträgen VII bzw. D nicht einen Anspruch auf Ersatz des aus einer Patentverletzung entstandenen Schadens im Sinne des § 47 Abs. 2 PatG geltend, und er darf daher den hier zur Erörterung stehenden Schadensersatzanspruch gemäß den Klageanträgen VII bzw. Daneben den oben erörterten, aus rechtswidriger bzw. vertragswidriger Benutzung der Patente hergeleiteten Schadensersatzansprüchen gemäß den Klageanträgen II bzw. A geltend machen, ohne damit - wie die Revision der Bekl. meint - gegen das für die Schadensberechnung bei Patentverletzungen geltende Verbot der kumulativen Schadensliquidation (Reimer, a.a.O., § 47 Rdn. 32; Benkard, a.a.O., § 47 Rdn. 46) zu verstoßen (vgl. für den insoweit vergleichbaren Fall der Geltendmachung eines sog. Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschadens: Reimer, a.a.O., § 47 Rdn. 42; Benkard, a.a.O., § 47 Rdn. 54). Der Kl. muß sich lediglich, wie er das durch die einleitenden Worte in den Klageanträgen VII Abs. 1 bzw. D Abs. I (b) selbst zum Ausdruck gebracht hat, nach den Grundsätzen

„Tolbutamid“<sup>74</sup> und „Miss Petite“<sup>75</sup> geurteilt, dass der Verletzte neben der Lizenzgebühr oder dem Verletzergewinn jeden konkreten, wie etwa einen Marktverwirrungsschaden oder Rechtsverfolgungskosten verlangen kann, ohne gegen das Vermengungs- oder Verquickungsverbot zu verstoßen. Diesem Verquickungsverbot kommt deshalb eine große praktische Bedeutung zu, weil es eine Kumulierung der drei Berechnungsmethoden untersagt und im Rahmen einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit sicherstellt<sup>76</sup>.

Mit der Ermittlung des Schadens nach den Regeln des adäquaten Kausalzusammenhangs hat eine weitere Einleitung zu tun, die den unmittelbaren Schaden mit dem mittelbaren vergleicht. Wichtig ist bei dieser Unterscheidung der Gedanke, dass nicht nur jene Vermögenseinbuße zu ersetzen ist, welche bei der Verletzung des Rechtsgutes bzw. des rechtlich geschützten Interesses sofort und direkt entstanden ist, sondern auch die mittelbare Einbuße. Im Immaterialgüterrecht spricht man hier auch vom weiteren Schaden, nämlich vom Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschaden, der Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit

---

*der sog. Vorteilsanrechnung (Palandt, BGB, 28. Aufl., Vorbem. 7 vor § 249), die auf die Klageanträge II/III bzw. A/B bezüglich der Patente 844 859, 971162, 844 711 in einem späteren Betragsverfahren etwa zugesprochenen Schadensersatzbeträge auf die nach den Klageanträgen VII bzw. D in einem späteren Betrags Verfahren etwa zuzusprechenden Schadensersatzbeträge anrechnen lassen...“, BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine.*

74 *„...Hat der Kl. aber nicht - wie in den vorzitierten Rechtsstreiten - neben dem Auskunftsanspruch lediglich die allgemeine Feststellung der Schadensersatzpflicht des Bekl. begehrt, sondern sind die Schadensersatzanträge darauf gerichtet, daß der Bekl. konkret zur Zahlung einer einmaligen Pauschalsumme (als Teil der Lizenzvergütung) verurteilt wird und seine Verpflichtung zur Zahlung laufender Lizenzen für die rechtswidrige Nutzung eines Leistungsergebnisses festgestellt wird, ist der Kl. an die von ihm getroffene Wahl gebunden (vgl. auch RG vom 7. Juli 1939 in MuW 1939, 382, 383). Wenn daher die Kl. im vorliegenden Fall den Feststellungsantrag zu 1 auch darauf stützt, daß ihr durch das beanstandete Verhalten der Bekl. Ingenieurleistungen entgangen und Ermittlungs- und Rechtsverfolgungskosten entstanden seien, läuft dies - abgesehen davon, daß diese Begründung vom Wortlaut des Klageantrags zu 1 nicht gedeckt wird - auf eine unzulässige Verquickung mehrerer Berechnungsarten hinaus (vgl. auch BGH in GRUR 1962, 580, 582 Laux-Kupplung II). Wenn das BerG daher in seinen Ausführungen zum Klageantrag zu 1 meint, die Kl. könne im Betragsverfahren noch zu einer anderen Berechnungsart übergehen, kann dem nicht beigetreten werden...“, BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.*

75 *„...Nunmehr begehrt die Kl. im Wege der Stufenklage Schadensersatz und zur Vorbereitung dieses Anspruchs Auskunft und Rechnungslegung. Sie hat behauptet, der Bekl. habe gewußt, daß sie seit vielen Jahren im Geschäftsverkehr als „Miss Petite“ bezeichnet werde; es sei auch zu zahlreichen Verwechslungen gekommen - was die Kl. näher dargelegt hat. Ihr sei ein Schaden entstanden, dessen Höhe so zu berechnen sei, als ob sie dem Bekl. gegen das dafür in der Textilbranche übliche Entgelt die Lizenz zum Gebrauch der verwechslungsfähigen Firma erteilt habe. Das verkehrtsübliche Entgelt betrage insoweit 1% des vom Verletzer in der fraglichen Zeit erzielten Umsatzes. Zusätzlich habe der Bekl. einen Betrag von 10 % der verlangten Lizenzgebühr als Schadensersatz für entstandene Marktverwirrung zu zahlen...“, BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.*

76 PAAL, S. 226, Rn. 64; OHLY, S. 934; SCHRAMM, S. 620 f.



des verletzten Betriebes. Allerdings ist diese Unterscheidung schwer durchführbar und von wenig praktischem Nutzen<sup>77</sup>.

Der Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschaden ist durch den Verletzten nachzuweisen und zu berechnen. Aber die Darlegung und der Beweis von Marktverwirrungsschaden sind auch problematisch. Deswegen hat der BGH in der Entscheidung „Allzweck-Landmaschinen“ (1970) dieses problematische Thema aufgegriffen, dass der Verletzte nach § 287 ZPO nachgewiesen werden könne. Da sich die genaue Höhe des Marktverwirrungsschadens nur schwer bestimmen lässt, halten es die Gerichte für legitim, sie nicht nur großzügig festzusetzen, sondern sie durch eine nach § 287 ZPO geschätzte pauschale Erhöhung des Hauptschadensersatzes auszugleichen<sup>78</sup>. Im Marktverwirrungsschaden ist die Bestimmung des allgemeinen Werbeaufwands, der auf die Verletzungshandlung zurückzuführen ist, auch problematisch.

### **b. Rechtsverfolgungskosten**

Unter dem Begriff der Rechtsverfolgungskosten werden die Aufwendungen zur Unterbindung der Verletzungshandlungen verstanden. Die Rechtsverfolgungskosten umfassen die Kosten für die Beweismittelbeschaffung, Rechtsberatung, vorprozessuale und prozessuale Kosten, Gerichtskosten, Anwaltskosten oder die Kosten für Sachverständige. Alle Rechtsverfolgungskosten sind als Schadensposten zu betrachten. Aber es ist nicht entscheidend, ob sie prozessual, vorprozessual oder außerprozessual sind. Besonders müssen sie die Voraussetzungen (Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit, Verschulden) erfüllt werden. Allgemeine Äußerungen über die Ersatzfähigkeit bestimmter Arten der Rechtsverfolgungskosten sind zu vermeiden. z.B. Kosten für Korrespondenzanwälte, Privatgutachten, Recherchekosten, Detektivkosten usw.<sup>79</sup>

### **c. Überwachungskosten**

Unter dem Begriff der Überwachungskosten werden vorsorgliche Aufwendungen verstanden, weil sie bereits vor dem schädigenden Ereignis angefallen sind. Als Beispiel können als Überwachungskosten die Kosten von GEMA (Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte) angegeben werden. Die

<sup>77</sup> BIRRER, S. 32 f.; STOLL, S. 108 f.; JENNY, S. 61.

<sup>78</sup> STOLL, S. 111 f.; JENNY, S. 59 f.; Vgl. BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 (298)-Allzweck-Landmaschine.

<sup>79</sup> Für weitere Informationen: JENNY, S. 62 ff.; OETKER, Hartmut: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil I**, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019, BGB § 249, Rn. 180 ff.



GEMA ist in Deutschland eine Verwertungsgesellschaft, die sich um die Wahrnehmung der Urheberrechte aller angeschlossenen Komponisten und Textdichter kümmert. Der BGH bestätigt die doppelte Tarifgebühr mit dem „umfangreichen und kostspieligen Überwachungsapparat“, den die GEMA einsetzen muss, um Urheberrechtsverletzungen zu ermitteln<sup>80</sup>. Sämtliche Überwachungsaufwendungen müssen als freiwillig erblickt werden, weil sie letztlich dem Verletzten zugutekommen, da der Verletzte nach ihnen seinen Schaden feststellen lässt. Überwachungskosten sind nicht zu ersetzen, weil sie nicht kausale Folge der Immaterialgüterrechtsverletzung sind und weil sie sich auch nicht nach der Differenzhypothese subsumieren lassen. Sie sind nur ersatzfähig, wenn sie tatsächlich Folge der Rechtsgutverletzung sind<sup>81</sup>.

## 2. Entgangener Gewinn (Lucrum cessans, § 252 BGB)

§ 252/Abs. 1 BGB hält fest: „Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn.“

Diese Form des Schadens ist in der Praxis wichtiger als der positive Schaden. Neben dem positiven Schaden (damnum emergens) hat der Schädiger dem Geschädigten entgangenen Gewinn (lucrum cessans) nach § 252 BGB zu entschädigen. Entgangener Gewinn bezweckt den Ausgleich im Vermögen des Schutzrechtsinhabers. Wenn das Vermögen des Schutzrechtsinhabers ohne das schädigende Ereignis (unerlaubte Handlung oder Vertragsverletzung) nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in der Zukunft sich vergrößert hätte, ist dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen. Entgangener Gewinn wird nur ersetzt, wenn der Schutzrechtsinhaber den Gewinn üblicherweise oder nach dem konkreten Umstand des Einzelfalls wahrscheinlich erzielt worden wäre. Beim entgangenen Gewinn ist der hypothetische Vermögensstand des Schutzrechtsinhabers wichtig. Dagegen ist das Vermögen des Verletzers unerheblich. Es ist unbedeutend, ob der Verletzer aufgrund seiner Handlung einen Gewinn erzielt hat oder ob er selbst geschädigt wurde<sup>82</sup>.

Wenn der Schutzrechtsinhaber den Preis des Produkts senken muss, um seine Kunden nicht zu verlieren, da es sich aufgrund der Verletzung zu einem Umsatzrückgang kommt, kann er seinen Schaden als entgangener Gewinn geltend machen. Aber der Umsatzrückgang kann auch auf anderen Faktoren stützen (z.B. Rezession, deflatorischen Tendenzen, geringerem Werbeaufwand etc.). Deswegen muss der Schutzrechtsinhaber beweisen,

80 Vgl. BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.

81 JENNY, S. 82 f.

82 WIDMER, S. 2, 99 f.; JENNY, S. 69 f.; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 62 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 27; ELLGER, S. 625.



dass sein Umsatzrückgang aus der Verletzung des Verletzers und nicht aus anderen Faktoren besteht. Beim entgangenen Gewinn stützt sich ein wichtiges Kriterium darauf, dass für den Schutzrechtsinhaber ein Gewinn wahrscheinlich ist. Deshalb ist geltend zu machen, dass er in der Lage gewesen ist, einen Gewinn zu erzielen. Um diese Frage zu beantworten, muss der Schutzrechtsinhaber nachweisen, ob zwischen dem Verletzer und ihm ein Konkurrenzverhältnis besteht. Wenn sie Konkurrenten sind, kann dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen sein. Wenn der Schutzrechtsinhaber und der Verletzer damit auf dem gleichen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Markt tätig sind, kann dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen sein<sup>83</sup>.

Entgangener Gewinn ist durch das Gericht nach § 287 ZPO geschätzt. Um entgangenen Gewinn zu bewerten, ist erforderlich, dies durch den Schutzrechtsinhaber darzulegen und das in den durch § 287 ZPO gezogenen Grenzen zu beweisen. Gemäß § 287 ZPO wird durch das Gericht bewertet, dass und in welcher Höhe dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen ist. § 252/Abs. 2 BGB (Beweiserleichterung) dient § 287 ZPO bei der Schadensbemessung des entgangenen Gewinns. Für § 252 BGB ist genug, dass der Eintritt des Gewinnes überwiegend wahrscheinlich gewesen ist<sup>84</sup>.

Der Anspruch auf Zahlung der angemessenen Lizenzgebühr stützt sich nach herrschender Meinung<sup>85</sup> auf § 252 BGB. Die Lizenzgebühr stellt einen entgangenen Gewinn fest, dass gemäß dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Zahlung der Lizenzgebühr mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war<sup>86</sup>.

Der Schutzrechtsinhaber hat die Wahl, ob er anstelle des konkreten Schadens eine fiktive Lizenzgebühr oder die Herausgabe des vom Verletzer mit dem Schutzrecht erzielten Gewinns verlangen will, weil eine konkrete Schadensberechnung für die Gerichte und der Schutzrechtsinhaber schwer möglich ist.

### 3. Aktuelle Probleme bei der konkreten Berechnung

- Die konkrete Berechnung des Schadens ist im Immaterialgüterrecht schwierig, da ihn der Verletzte zu beziffern und mögliche und zumutbare Anhaltspunkte vorzutragen hat<sup>87</sup>. Der Verletzte bleibt

83 STOLL, S. 70 ff.; JENNY, S. 70 f.

84 SCHWEERS, S. 86 f.; STOLL, S. 186 f.; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 63; KOOS, UWG § 9, Rn. 27; ELLGER, S. 625.

85 JENNY, S. 102 f.; ALEXANDER, S. 264; SCHWEERS, S. 86; PAAL, S. 226, Rn. 65; HARTL, S. 86 f.

86 Vgl. BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.

87 JENNY, S. 57; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70.



immer verpflichtet, zumindest den Rahmen zu beziffern und zumutbaren Angaben vorzutragen<sup>88</sup>.

- Diese Berechnungsmethode hat dogmatische und praktische Nachteile und die Schwierigkeit der Bemessung des Schadens bleibt nach wie vor bestehen<sup>89</sup>.
- Die Schadensberechnung bei Schutzverletzungen ist problematisch, weil Gewinn und Verlust durch andere Parameter beeinflusst werden, weil sich der konkrete Verlust durch die Verletzung oft schwer beziffern lässt<sup>90</sup>.
- Die konkrete Schadensberechnung hat für den Verletzten den Nachteil, dass er den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem Umsatzverlust konkret nachweisen muss. Umsatzverluste sind in vielen Fällen nur schwer adäquat kausal der Verletzungshandlung zuzuordnen<sup>91</sup>.
- Beim konkreten Schaden ist der Nachweis der Schadenshöhe und des adäquaten Kausalzusammenhangs kompliziert. Beim konkreten Nachweis muss der Schutzrechtsinhaber zumindest die Tatsachen aufweisen, die dem Gericht die Schätzung der Schadenshöhe (§ 287 ZPO) erlauben. Das heißt, dass der Schutzrechtsinhaber trotz der richterlichen Bemessung für die Schadenshöhe Anhaltspunkte zu geben und seine Existenz zu beweisen hat. Gegen die Schwierigkeiten der konkreten Schadensberechnung wendet das Gericht § 287 ZPO an<sup>92</sup>.

88 Von BÜREN/MARBACH, S. 206 f.; GÖTTING, S. 4 f.; Die Rechtsprechung hilft dem Beweisführer in solchen Fällen häufig mit der sogenannten sekundären Behauptungslast. Für weitere Informationen siehe: KAYA, Hilal Ünal: **Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei**, Peter Lang, Berlin 2018, S. 86 f.

89 BIRRER, S. 36 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70; Von BÜREN/MARBACH, S. 205; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 63; Vgl. BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Diarähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

90 Von BÜREN/MARBACH, S. 205 f.

91 STOLL, S. 196 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70; AMSCHWITZ, S. 297; Von BÜREN/MARBACH, S. 205 f.

92 Das Gericht entscheidet gemäß § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO nach freier richterlicher Beweiswürdigung, ob und welcher Höhe ein Schaden entstanden ist. Bei Anwendung des § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO ist es angemessen, wenn der Richter nur allgemein die Überzeugung gewinnt, dass ein Schaden entstanden ist. § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO befreit das Gericht nicht von der Verpflichtung, das Berichten der Parteien zu schätzen und alle vorgetragene Umstände sachgerecht zu werten. Wenn keine ausreichenden Tatsachen für eine Schätzung vorgebracht sind, so ist eine Beweislastentscheidung zu treffen. Die Schadensersatzbemessung ist in jedem einzelnen Fall von mehreren Faktoren abhängig (z.B.: Umsatz des Schutzrechtsinhabers, insbesondere des Verletzers, branchenübliche Ansätze, Marktverwirrung, Rufschädigung etc.). § 287/Abs. 1, S. 1 ZPO ist nach § 287/Abs. 2 ZPO anwendbar, wenn unter den Parteien die Höhe einer Forderung streitig ist und die vollständige Aufklärung aller hierfür maßgebenden Umstände mit Schwierigkeiten



- Bei der Verletzung der Persönlichkeitsrechte ist es häufig schwierig, um eine materielle Schädigung konkret anzugeben und nachzuweisen. Das Persönlichkeitsrecht stellt ein unkörperliches Recht dar, dass es keine Substanzbeeinträchtigung erleiden kann<sup>93</sup>.
- Bei Immaterialgüterrechtsverletzungen ist problematisch, entgangenen Gewinn vom positiven Schaden abzugrenzen, weil der Immaterialgut die Gemeinschaftlichkeit und Unerschöpflichkeit hat<sup>94</sup>.
- Problematisch ist hierbei der Nachweis des entgangenen Gewinns. Der Anspruch auf entgangenen Gewinn bei Persönlichkeitsrechten soll genügen, dass sich die Kausalität zwischen Verletzung und entgangenen Gewinn nachweisen lässt. Der Schutzrechtsinhaber muss demnach beweisen, dass er seinen entgangenen Gewinn ohne Persönlichkeitsverletzung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen erzielt hätte<sup>95</sup>. Diese konkrete Kausalität zu beweisen, ist häufig unmöglich.
- Bei der Zusprechung des entgangenen Gewinns ist häufig umstritten, dass dem Schutzrechtsinhaber kein Gewinn entgangen ist, da er das Immaterialgut nicht verwerten konnte. Um entgangenen Gewinn zuzusprechen, der Schutzrechtsinhaber muss nachweisen, dass er den Gewinn wahrscheinlich hätte erzielen können. Er trägt die Beweislast. Aber der Verletzer kann den Gegenbeweis aufstellen, dass dem Schutzrechtsinhaber kein Gewinn entgangen ist<sup>96</sup>.

## **B. Zweite Wahlmöglichkeit der Schadensberechnung: Angemessene Lizenzgebühr**

### **1. Begriff und Rechtsgrundlage**

Unter dem Begriff der Lizenzgebühr wird die Vergütung für die Nutzungsgenehmigung des Immaterialgüterrechts verstanden<sup>97</sup>. Der Schutzrechtsinhaber kann Schadensersatz in der Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr verlangen, anstatt den Schaden konkret zu berechnen. Sie ist in der Praxis die verbreitetste Berechnungsart<sup>98</sup>. Diese Berechnungsart

---

verbunden ist, die zu der Bedeutung des streitigen Teiles der Forderung in keinem Verhältnis stehen. Siehe dazu: TROLLER, S. 987 f.; HANSEN, S. 90 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 75; STOLL, S. 146 ff.; HARTL, S. 65.

93 HARTL, S. 65 f.; UESSELER, S. 224 f.

94 JENNY, S. 70 f.

95 HARTL, S. 68 f.; OHLY, S. 932; ELLGER, S. 625 f.

96 JENNY, S. 72 f.; ELLGER, S. 625 f.

97 KELKER, S. 29; AMSCHWITZ, S. 297; OHLY, S. 932; JENNY, S. 84.

98 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-

wurde von der Praxis und dem Gewohnheitsrecht ausgedehnt, um dem Schutzrechtsinhaber bei Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Nachweises einen einfacheren Weg der Ersetzung von seinem Schaden anzubieten<sup>99</sup>. Deswegen wurde die angemessene Lizenzgebühr entwickelt, um den schwierigen Schadensbeweis zu erleichtern. Um eine angemessene Lizenzgebühr durch das Gericht zuzusprechen, braucht der Schutzrechtsinhaber weder einen konkreten Schaden noch einen Kausalzusammenhang nachzuweisen<sup>100</sup>.

Bei der Schätzung der angemessenen Lizenzgebühr wird gefragt: „was bei Abschluss eines Lizenzvertrags von vernünftigen Vertragspartnern in Kenntnis der tatsächlichen Entwicklung während des Verletzungszeitraums vereinbart worden sein würde.“ Aber der Verletzer soll gemäß deutscher Rechtsprechung<sup>101</sup> nicht besser als vertraglicher Lizenznehmer gestellt sein, der einen Lizenzvertrag mit dem Schutzrechtsinhaber abgeschlossen hat. Hierbei geht das Gericht bei der Bemessung von den in Branchen geltenden Honorarordnungen aus, eventuell macht es eine Schätzung gemäß § 287 ZPO. Bei der Bemessung ist unbeträchtlich, ob sie überhaupt in der Lage gewesen wäre, ob der Schutzrechtsinhaber im konkreten Fall lizenzbereit gewesen wäre, ob der Verletzer überhaupt einen Gewinn

---

Landmaschine; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; DREIER, S. 89 f.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85-Clarissa; BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 (541)-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: STOLL, S. 49 ff.; HEIL/ROOS, S. 26 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195 ff.-Marlene Dietrich, abrufbar unter <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689-Oskar Lafontaine; BGH Urteil vom 29.07.2009, GRUR 2010, 239 ff.-BTK, für tiefere Informationen: BINDER, S. 1186 ff.

99 JENNY, S. 84 f.; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 70; SCHWEERS, S. 85; STOLL, S. 135; OHLY, S. 932; HARTL, S. 71; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 69 f.; ELLGER, S. 648.

100 SCHWEERS, S. 85; STOLL, S. 135; WIDMER, S. 7 f.; JENNY, S. 81; ELLGER, S. 627.

101 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: UESSELER, S. 221 ff.; FUNKEL, S. 115 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 86; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.



erzielt hat oder ob dem Schutzrechtsinhaber ein Gewinn entgangen ist<sup>102</sup>.

Die Rechtsgrundlage des Anspruches auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr ist unklar. In Deutschland wird die angemessene Lizenzgebühr nach dem Teil der Lehre<sup>103</sup> und die Rechtsprechungen<sup>104</sup> als entgangener Gewinn auf die §§ 249, 252 BGB (Art. 41 ff. OR) betrachtet. Hierbei wird die Lizenzgebühr als selbständige Schadensberechnungsart abgelehnt und als Indiz für einen entgangenen Gewinn festgestellt. Nur unter den Voraussetzungen kann man die angemessene Lizenzgebühr als entgangenen Gewinn fordern, wenn der Schutzrechtsinhaber tatsächlich zur Lizenzvergabe bereit gewesen wäre, eine solche rechtlich möglich und verkehrsüblich ist, und wenn der Verletzer auf dem gleichen sachlichen, örtlichen und zeitlichen Markt tätig ist und wenn keine Substitutionsprodukte vorliegen.

Nach dem Teil der Lehre<sup>105</sup> und der Rechtsprechung<sup>106</sup> kann der Schutzrechtsinhaber besonders beim Persönlichkeitsverletzungen auf der Basis eines Anspruchsaus§812/Abs.1,S.1 und §818/Abs.2 BGB vom Verletzer eine angemessene Lizenzgebühr fordern. Gegen eine schadensrechtliche Deutung wird sehr oft der Einwand erhoben, die Lizenzanalogie stelle keinen Schadensersatz, sondern vielmehr einen Bereicherungsausgleich

102 JENNY, S. 85 f.; Vgl. KELKER, S. 29 f.; OHLY, S. 932; ALEXANDER, S. 263 f.; ELLGER, S. 627; AMSCHWITZ, S. 297 f.; JANSSEN, S. 294; HARTL, S. 71 f.; SCHERRER, S. 206 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 31a.

103 JENNY, S. 101 f.; SCHWEERS, S. 86 ff.; STOLL, S. 76 ff.

104 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 19.11.1971, GRUR 1972, 180 ff.-Cheri, für tiefere Informationen: STOLL, S. 25 ff.; BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH Urteil vom 27.11.1969, GRUR 1970, 296 ff.-Allzweck-Landmaschine; BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 (557)-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38; BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.

105 KOOS, UWG § 9, Rn. 33; SCHERRER, S. 208; JANSEN, Rn. 122; PAAL, S. 226, Rn. 65; REESE, S. 80; HARTL, S. 80 ff.; ULLMANN, Eike: Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, **GRUR 1978**, Heft 11, S. 615 ff.; BRANDNER, Hans Erich: Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, **GRUR 1980**, Heft 5, S. 359 ff.; ELLGER, S. 636 f.; HELMS, S. 37 ff.; JENNY, S. 107; ZURTH, Patrick: Bereicherungsrechtliche Implikationen im Immaterialgüterrecht, **GRUR 2019**, Heft 2, S. 143 ff.

106 Vgl. BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.; BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: UESSELER, S. 221 ff.; SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 01.12.1999, NJW 2000, 2195-Marlene Dietrich, abrufbar unter: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2006/bvg06-084.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 38 ff.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWEERS, S. 84 f.; BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084-Joachim Fuchsberger; BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689-Oskar Lafontaine.

dar. Das ist insofern richtig, dass es sich bei der schadensrechtlichen Lizenzanalogie um einen dem Bereicherungsausgleich entsprechenden Anspruch handelt. Außerdem hat die Rechtsprechung<sup>107</sup> ihre zunächst ablehnende Haltung gegenüber der Anwendung des Bereicherungsrechts auf Verletzungen von Immaterialgüterrechten und vergleichbaren Rechtspositionen aufgegeben. Sie gewährt einen Bereicherungsausgleich, der wegen der objektiven Wertermittlung des Erlangten oftmals zum selben Ergebnis führt wie eine schadensrechtlich verstandene Lizenzanalogie. Auch wenn die Schadensberechnung mit Hilfe des fiktiven Lizenzvertrages dem Bereicherungsanspruch ähnlich ist, sprechen also angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten, die Lizenzanalogie in ihrer momentanen Ausprägung ins Bereicherungsrecht zu übertragen, gute Gründe gegen die bereicherungsrechtliche Einordnung und für eine herkömmliche schadensrechtliche Deutung<sup>108</sup>.

## 2. Überblick der Geschichte der angemessenen Lizenzgebühr mit den Rechtsprechungen

In der oben dargestellten Entscheidung<sup>109</sup> „Ariston“ (1895) hat das RG erstes Mal dem Verletzten eines Musikurheberrechts die Möglichkeit erlaubt, seinen Schadensersatz in der Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr geltend zu machen. Später hat der BGH in der „GEMA“-Entscheidung<sup>110</sup> (1973) wegen der Notwendigkeit einer umfangreichen Überwachungsorganisation bei Verletzung des Urheberrechts als Schadensersatz die doppelte Lizenzgebühr anerkannt.

In der späteren Entscheidung<sup>111</sup> „Clarissa“ (1975) hat der BGH zur Berechnung einer Schadensersatzforderung auf Lizenzbasis geurteilt und neben der angemessenen Lizenzgebühr einen Marktverwirrungs- und

107 Vgl. BGH Urteil vom 12.01.1966, GRUR 1966, 375 ff.-Meßmer-Tee II, für weitere Informationen: STOLL, S. 23 f.; NEUWALD, S. 120 ff.; DREIER/SCHULZE/SPECHT, UrhG § 97, Rn. 85 ff.; BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.; BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

108 LEHMENT, Henrik: **Das Fotografieren von Kunstgegenständen**, V&R Unipress, Göttingen, 2008, S. 122 ff.; Aber nach schweizerischer Rechtsprechung und Lehre ist die angemessene Lizenzgebühr eine Schadensbemessungsart, wobei der Schaden im Sinne von Art. 42/Abs. 2 OR geschätzt wird, für weitere Informationen: JENNY, S. 84 f.; WIDMER, S. 7 ff.; LOCHER, Felix: Zu den vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund neuerer Gerichtsentscheide, **GRUR Int** 2007, Heft 4, S. 275 ff.

109 RG Urteil vom 08.06.1895, RGZ 35, 63 (67 ff.)-Ariston, für weitere Informationen: JANSSEN, S. 289 f.; ELLGER, S. 621 ff.; WELKE, S. 121 f.; STOLL, S. 18 ff.; NEUWALD, S. 117 f.; SCHWEERS, S. 84 f.; HELMS, S. 222 ff.; ALEXANDER, S. 258 ff.

110 BGH Urteil vom 10.03.1972, NJW 1973, 96-GEMA, für tiefere Informationen: MÜLLER, S. 126 ff.; WELKE, S. 133 ff.; STOLL, S. 36 f.; DREIER, S. 89 f.

111 BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85 ff.-Clarissa.



Diskreditierungsschaden zugesprochen. Ferner hat der BGH in der späteren Entscheidung<sup>112</sup> „Prozeßrechner“ (1977) über diese Berechnungsmethode geurteilt, dass „bei unredlicher Verwertung eines Betriebsgeheimnisses, das dem Unternehmer eine dem Immaterialgüterrechtsschutz vergleichbare Rechtsposition verschafft, der Verletzte seinen Schaden auch nach der entgangenen Lizenz berechnen kann“. Der BGH hat mit der Entscheidung<sup>113</sup> „Tolbutamid“ (1980) weiter ausgeführt, dass es sich „bei einer Schadensbemessung gemäß der Lizenzanalogie um den Ausgleich der durch die schuldhaftige Schutzrechtsverletzung eingetretenen ungerechtfertigten Vermögensverschiebung“ handelt.

Der BGH hat bei Persönlichkeitsrechten auch diese zweite Schadensberechnungsmethode unter Berufung auf die Reichsgerichtspraxis übernommen und ausgedehnt. Nach der „Paul Dahlke“-Entscheidung<sup>114</sup> hat der BGH geurteilt, als eine Möglichkeit der heutzutage bei der Verletzung vermögenswerter Bestandteile von Persönlichkeitsrechten anerkannten dreifachen Schadensberechnung, einen Schadensersatzanspruch auf Grundlage der fiktiven Lizenzgebühr. Gemäß dieser Entscheidung kann der Schutzrechtsinhaber die Zahlung der fiktiven Lizenzgebühr verlangen, von dem er die Veröffentlichung seines Bildes oder den Abschluss eines entsprechenden Vertrages abhängig gemacht hätte.

Der BGH hat in der „Herrenreiter“-Entscheidung<sup>115</sup> die anerkannte Schadensberechnung nach der fiktiven Lizenzgebühr nicht anwendbar erklärt. Beim Herrenreiterfall handelt es sich um die Gewährung einer Geldentschädigung wegen immaterieller Beeinträchtigungen des Persönlichkeitsrechts.

In der „Joachim Fuchsberger“-Entscheidung<sup>116</sup> (1992) hat sich Moderator Joachim Fuchsberger bei der Einweihung eines Modehauses mit einer extremen Brille fotografiert lassen. Damit hat er auch dem Fotografen erlaubt, das Bild zur Werbung für das Modehaus unentgeltlich zu verwenden. Ein Optiker Verband hat das Bild an seine Mitglieder (250 Unternehmen) weitergegeben, damit man mit diesem Bild eine Werbung machen könne. Fuchsberger hat von ihm die Zahlung von 120.000 DM geltend gemacht. Der BGH hat in dieser Entscheidung bejaht, dass sich die Höhe des zu zahlenden Ausgleichs auch hier nach der fiktiven

112 BGH Urteil vom 18.02.1977, GRUR 1977, 539 (541)-Prozeßrechner, für tiefere Informationen: STOLL, S. 40 ff.; BGH Urteil vom 03.07.1974, GRUR 1975, 85-Clarissa.

113 BGH Urteil vom 06.03.1980, GRUR 1980, 841-Tolbutamid, für tiefere Informationen: STOLL, S. 31 ff.

114 GÖTTING, S. 7 ff.; SCHERRER, S. 185 f.; BGH Urteil vom 08.05.1956, GRUR 1956, 427 ff.-Paul Dahlke, für tiefere Informationen: HELMS, S. 37 ff.; HARTL, S. 65 ff.; STOLL, S. 22 f.; SCHERRER, S. 185 ff.; SCHWARZ, S. 3 f.; GÖTTING, S. 12 ff.

115 BGH Urteil vom 14.02.1958, GRUR 1958, 408-Herrenreiter, für tiefere Informationen: SCHWEERS, S. 86; FUNKEL, S. 115 f.; UESSELER, S. 221 ff.; SCHERRER, S. 185 ff.

116 BGH Urteil vom 26.10.2006, NJW 2007, 689-Oskar Lafontaine.



Lizenzgebühr richtet. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Verletzer zur Zahlung einer Lizenzgebühr tatsächlich bereit und in der Lage gewesen wäre<sup>117</sup>. In der späteren Entscheidung, „Oskar Lafontaine“-Entscheidung (2007) hat der BGH auch erklärt, dass die unberechtigte kommerzielle Nutzung eines Bildnisses einen Anspruch auf Zahlung der angemessenen Lizenzgebühr begründet, ohne dass es darauf ankommt, ob dem Verletzer bereit oder in der Lage gewesen wäre, gegen Entgelt Lizenzen für die Verbreitung und öffentliche Wiedergabe seines Bildnisses einzuräumen.

Lehre und Rechtsprechungen haben diesen Anspruch für die unberechtigte Ausnutzung von Immaterialgüterrechten anerkannt. Aber schließlich erstreckt sich dieser Anspruch wie besichtigt auch auf die unberechtigte Ausnutzung von Persönlichkeitsrechten.

### 3. Aktuelle Probleme bei der Lizenzgebühr

- Teile der Lehre<sup>118</sup> bemängeln die fehlende Präventions- und Sanktionsfunktion eines nach der Lizenzanalogie berechneten Schadensersatzes, weil der Verletzer nicht zu mehr verurteilt wird, als wenn er ordnungsgemäß eine Lizenz eingeholt hätte. Der deutsche BGH hat die Zulässigkeit des Verletzerzuschlags bejaht, sofern ein Tarif durch einen Verwertungsgesellschaft (z.B. GEMA) vorgesehen ist<sup>119</sup>.
- Der Verletzer geht kein wirtschaftliches Risiko ein, da er die geschuldete Vergütung unter Umständen nach der Verletzung zahlt. Deswegen steht der Verletzer besser als ein Lizenznehmer. Sein Risiko beschränkt sich auf die angemessene Lizenzgebühr<sup>120</sup>.
- Der Schutzrechtsinhaber braucht hierbei die notwendige Kausalität und die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Gewinneintrittes in der Höhe der angemessenen Lizenzgebühr nachzuweisen. Im Einzelfall kann dieser Nachweis bei Persönlichkeitsrechten trotz der Beweiserleichterung schwierig sein<sup>121</sup>.
- Der Verletzer wird häufig die Preise von Verletzten unterbieten können, weil er keine Entwicklungskosten und Markteinführungskosten aufwenden muss. Ferner kommt auch ein weiterer Nachteil für den Schutzrechtsinhaber, wenn er den Betrag der Lizenzgebühr ferner wegen der niedrigen Preise des Verletzers bemisst<sup>122</sup>.

117 BGH Urteil vom 14.04.1992, NJW 1992, 2084-Joachim Fuchsberger.

118 JENNY, S. 97 f.; ALEXANDER, S. 264 f.; OHLY, S. 932 f.; JANSEN, Rn. 123.

119 WOLFF, UrhG § 97, Rn. 75; JENNY, S. 97 f.; ALEXANDER, S. 264 f.; OHLY, S. 932 f.; JANSEN, Rn. 123.

120 WIDMER, S. 12; KRAßER/ANN, § 35, Rn. 74; HARTL, S. 72; ALEXANDER, S. 264; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 72; KOOS, UWG § 9, Rn. 28.

121 SCHWEERS, S. 87 f.; JENNY, S. 90 f.; Für die von der Rechtsprechung entwickelten Instrumente zur Überwindung der Beweisschwierigkeiten siehe: KAYA, S. 85 ff.

122 WIDMER, S. 13; OHLY, S. 932 f.; HARTL, S. 72.



## C. Dritte Wahlmöglichkeit der Schadensberechnungsmethode: Der Verletzererwerb (§ 687/Abs. 2 BGB, § 667 BGB)

### 1. Begriff und Rechtsgrundlage

Beim Verletzererwerb handelt es sich 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.“<sup>123</sup> Der Verletzer hat durch die Geschäftsanmaßung einen Gewinn erzielt und muss seinen Vermögenszuwachs dem Schutzrechtsinhaber herausgeben.

Gemäß der Lehre<sup>124</sup> ist der Anspruch auf Herausgabe des Verletzererwerbs nicht ein Schadenersatzanspruch, sondern eine Sanktion besonderer Art. Der Gewinn des Verletzers kann nicht unter dem Titel des Schadenersatzes aufgelöst werden, weil er sich nicht auf das Vermögen des Schutzrechtsinhabers abstützt und weil sie ferner auf verschiedenen Rechtsgrundlagen beruhen. Der Schutzrechtsinhaber darf den Gewinn herausverlangen, aber er kann wegen der Unabhängigkeit der beiden Ansprüche keinen Schaden erleiden. Aber der Gesetzgeber<sup>125</sup> hat auch bei der § 97/Abs. 1, S. 2 UrhG vom 1965 vorgesehen, dass der Verletzererwerb an Stelle des Schadenersatzes herauszugeben ist: „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“.

Er stützt sich der Verletzererwerb bei Bösgläubigkeit auf eine analoge Anwendung von § 687/Abs. 2 (unechte Geschäftsführung ohne Auftrag) und § 667 BGB (Herausgabepflicht). Wenn der Verletzer aber gutgläubig handelt, beschränkt sich der finanzielle Ausgleich auf die bereicherungsrechtlichen Ansprüche. Ferner ist diese Schadensberechnungsmethode unterschiedlich vom Gewinnabschöpfungsanspruch des BGB<sup>126</sup>.

123 Vgl. BGH Urteil vom 02.11.2000, GRUR 2001, 329 ff.-Gemeinkostenanteil, abrufbar unter: <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=GRUR%202001,%20329> (zuletzt besucht am: 09.12.2019); für tiefere Informationen: HAEDICKE, S. 529 ff.; MEIER-BECK, S. 617 ff.

124 FISCHER, S. 36 f.; JENNY, S. 107 f.; KELKER, S. 32 f.; SCHWEERS, S. 89 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 255 f.; KOOS, UWG § 9, Rn. 32; DREIER, S. 83; Vgl. BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Dia-Rähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

125 Der Schutzrechtsinhaber kann in den Spezialgesetzen geregelten Schadenersatzanspruch erlangen (vgl. § 139/Abs. 2 PatG; § 24/Abs. 2 GebrMG; §§ 14/Abs. 6, 15/Abs. 5 MarkenG; § 97/Abs. 1, 3. Alt. UrhG; §§ 42/Abs. 2, 14a/Abs. 1, 2. Alt. GesmMG), wenn der Verletzer schuldhaft handelt. Siehe dazu: Von BÜREN/MARBACH, S. 78 f.; vgl. KELKER, S. 28 f.; KRABER/ANN, § 35, Rn. 69; PAAL, S. 229, Rn. 69; OHLY, S. 926 f.; HAEDICKE, S. 530.

126 KOOS, UWG § 9, Rn. 32; Von BÜREN/MARBACH, S. 206 f.; HAEDICKE, S. 530; SCHWEERS, S. 89 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256 f.; SCHERRER, S. 208; HARTL, S. 73; MEIER-BECK,

Die Rechtsprechung<sup>127</sup> des BGH sieht einen Gewinnherausgabeanspruch nicht nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, sondern auch bei leichter Fahrlässigkeit vor.

Bei Gewinnherausgabeanspruch kann der Schutzrechtsinhaber vom Verletzer nur Herausgabe des kausal auf die Persönlichkeits- oder Immaterialgüterverletzung zurückzuführenden Gewinns herausverlangen. Bei der Bemessung des Verletzergewinns ist irrelevant, ob der Schutzrechtsinhaber selbst in der Lage gewesen wäre einen solchen Gewinn zu erzielen, ob dem Verletzten ein Schaden in der Höhe des Verletzergewinns entstanden ist und ob er diesen Gewinn überhaupt erzielt hätte<sup>128</sup>.

Der Verletzer kann die nötigen Aufwendungen (z.B. Herstellungskosten, Anschaffungskosten, Werbungskosten, Vertriebskosten, Verwaltungskosten) abziehen, er hat den erzielten Nettogewinn herauszugeben. Für diese Aufwendungen ist der Verletzer beweispflichtig. Der Gewinn wird durch Buchexpertise nur im Zusammenhang mit der Herstellung, dem Ankauf und dem Vertrieb oder dem Verkauf beschafft<sup>129</sup>.

Wenn der Schutzrechtsinhaber dem Verletzer die Herausgabe des Verletzergewinns verlangt, muss er das im Rahmen des § 287 ZPO nachweisen, ohne den entgangenen eigenen Gewinn nach § 252 BGB nachweisen zu müssen<sup>130</sup>. Das Wahlrecht des Schutzrechtsinhabers erlischt, wenn der Verletzer entweder die angemessene Lizenzgebühr bezahlt hat oder den erzielten Gewinn herausgegeben hat.

## 2. Überblick der Geschichte des Verletzergewinns mit den Rechtsprechungen

Der Anspruch auf Verletzergewinn ist durch Rechtsprechung<sup>131</sup> des ROHG unter dem Gesichtspunkt der gemeinrechtlichen Geschäftsführung

---

S. 618; WOLFF, UrhG § 97, Rn. 66; In der Schweiz beruht auch der Verletzergewinn auf den Anspruch aus unechter Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 423 OR, für weitere Informationen: JENNY, S. 104 ff.; TROLLER, S. 994 ff.; Von BÜREN/MARBACH, S. 205; WIDMER, S. 77 ff.; LOCHER, S. 275 ff.

127 Vgl. BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal; BGH Urteil vom 13.03.1962, GRUR 1962, 401 ff.-Kreuzbodenventilsäcke III, für weitere Informationen: BIRRER, S. 93 f.; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; BGH Urteil vom 29.05.1962, GRUR 1962, 509 ff.-Diarähmchen II, für weitere Informationen: HARTL, S. 89 f.; HAEDICKE, S. 529 f.

128 WIDMER, S. 100 f.; PAAL, S. 229, Rn. 69; JENNY, S. 105; BOESCHE, Katharina Vera: **Wettbewerbsrecht**, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, S. 66.

129 TROLLER, S. 995 f.; AMSCHWITZ, S. 298; HAEDICKE, S. 532 f.

130 ELLGER, S. 629 f.; STOLL, S. 200 f.; ALEXANDER, S. 267; PAAL, S. 229, Rn. 69; KOOS, UWG § 9, Rn. 32; BOESCHE, S. 66.

131 ROHG Urteil vom 13.09.1877, ROHG 22, 338 ff.-Theater, für tiefere Informationen: ELLGER, S. 598 ff.



ohne Auftrag begründet. Später hat der BGH diese Rechtsprechung des RG nach dem zweiten Weltkrieg übernommen und auf Persönlichkeits-, Namens- und Firmenrechte weiterentwickelt. Der BGH hat über diese Schadensberechnungsmethode bei seinen Entscheidungen<sup>132</sup> vorgesehen, so dass *„niemand durch den unerlaubten Eingriff besser gestellt wird, als er im Fall einer ordnungsgemäß nachgesuchten und erteilten Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte“*.

Im Jahre 1877 hat das ROHG in der oben dargestellten *„Theater“*-Entscheidung einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns bei Urheberrechtsverletzungen als Schadensersatz anerkannt. Später hat der BGH in der *„Handstrickverfahren“*-Entscheidung<sup>133</sup> (1960) einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns nach den Rechtsgrundlagen der dreifachen Schadensberechnung im Fall einer Vorlagenfreibeuterei abgelehnt. Denn der Unrechtsgehalt der Vorlagenfreibeuterei stützt sich nicht auf einen Eingriff in ein Ausschließlichkeitsrecht oder auf einem mit ausschließlicher Wirkung einer bestimmten Person zugewiesenen Rechtsgut. Aus diesem Grund kann der Schutzrechtsinhaber als Schadensersatz nur der entgangene Gewinn vom Verletzten verlangt werden. In der *„Vitasulfal“*-Entscheidung<sup>134</sup> (1961) hat der BGH zum ersten Mal zugesprochen, dass der Schutzrechtsinhaber auch bei Warenzeichenverletzungen die Herausgabe des Verletzergewinns geltend machen kann.

In der *„Miss Petite“*-Entscheidung<sup>135</sup> (1973), die es um eine Kennzeichnungsverletzung in der Textilbranche geht, hat der BGH bejaht, dass der Verletzergewinn wie im Urheberrecht (§ 97/Abs. 1, S.2 UrhG) oder im Kartellrecht als Schadensersatz ähnlich ist. Der Mehrerlös ist abzuschöpfen, den der Verletzer wegen seines schuldhaften und rechtswidrigen Eingriffs in den Zuweisungsgehalt eines fremden Rechts erzielt hat. Deswegen sieht der BGH selbst ausdrücklich von einer *„Abschöpfung des Verletzergewinns“* im Weg der Schadensberechnung vor. Der BGH hat in der weiteren Entscheidung<sup>136</sup> *„Kollektion Holiday“* (1993) die abstrakte Schadensberechnung für alle der wettbewerbswidrigen Leistungsübernahme zugesprochen und die Anwendbarkeit der

132 BGH Urteil vom 08.10.1971, GRUR 1972, 189 ff.-Wandsteckdose II, für tiefere Informationen: STOLL, S. 28 ff.; BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.

133 BGH Urteil vom 17.05.1960, GRUR 1960, 554 (557)-Handstrickverfahren, für weitere Informationen: STOLL, S. 22 f.

134 BGH Urteil vom 24.02.1961, GRUR 1961, 354-Vitasulfal.

135 BGH 16.02.1973, GRUR 1973, 375-Miss Petite, für weitere Informationen: STOLL, S. 38.

136 BGH Urteil vom 22.04.1993, GRUR 1993, 757-Kollektion Holiday, für tiefere Informationen: HEIL/ROOS, S. 26 ff.; STOLL, S. 49 ff.



dreifachen Schadensberechnung in diesem wichtigen Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes anerkannt.

Im „*Caroline von Monaco I*“ Fall<sup>137</sup> (1994) hat der BGH in der Veröffentlichung eines Interviews als eine Verletzung des wirtschaftlichen Gehalts des Persönlichkeitsrechts abgelehnt und ausgeführt, dass eine Verurteilung zur Geldentschädigung nur geeignet ist, wenn die Entschädigung der Höhe nach ein Gegenstück auch dazu bildet, dass die Persönlichkeitsrechte zur Gewinnerzielung verletzt worden sind. Das heißt, dass die Erzielung des Verletzergewinns aus der Rechtsverletzung als Bemessungsfaktor in der Entscheidung über die Höhe der Geldentschädigung einzubeziehen sei. Deswegen müsse von dem Schadensersatzanspruch ein echter Hemmungseffekt auch für eine solche Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen.

### 3. Aktuelle Probleme beim Verletzergewinn

- In vielen Fällen ist es nicht oder nur schwer möglich, einen erzielten Gewinn des Verletzers zu bemessen. Die Frage ist entscheidend, welche Kosten der Verletzer vom Erlös aus dem Verkauf des verletzenden Immaterialguts abziehen darf. Probleme können sich nicht nur bei der Feststellung der kausalen Einnahmen, sondern auch bei der Bestimmung der Kosten ergeben. Problematisch ist hierbei, welche Kosten mit dem Verletzergewinn ursächlich verknüpft sind. Bei der Bemessung des Verletzergewinns werden nicht nur die produktionsabhängigen Kosten (z.B. Materialkosten), sondern auch Löhne, Vertriebskosten, Verwaltungskosten berücksichtigt, aber dagegen werden nicht die Fixkosten (z.B. anteiliger Lohn, Mieten, Vertriebskosten) berücksichtigt<sup>138</sup>.
- Diese Art der Schadensberechnung hat den erheblichen Nachteil für den Verletzten, dass durch den Verletzten auf die Gewinnkalkulation des Verletzers nachgewiesen ist<sup>139</sup>.
- Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ist nicht nur wirtschaftlich wenig sinnvoll für den Verletzten, sondern in der Praxis auch sehr schwierig<sup>140</sup>.

137 BGH Urteil vom 15.11.1994, NJW 1995, 861 ff.-*Caroline von Monaco I*, abrufbar unter: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv097125.html> (zuletzt besucht am: 26.11.2019); für tiefere Informationen: HELMS, S. 294 ff.; UESSELER, S. 235 f.; HARTL, S. 66 f.

138 TROLLER, S. 989 f.; HAEDICKE, S. 529; HARTL, S. 73 f.; OHLY, S. 933; SCHWEERS, S. 89; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; MEIER-BECK, S. 619 f.; SCHAUB, S. 919.

139 STOLL, S. 134 f.; OHLY, S. 932 f.; TROLLER, S. 989 f.; HARTL, S. 73 f.; SCHWEERS, S. 89; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256; HAEDICKE, S. 534 f.; SCHAUB, S. 919.

140 TROLLER, S. 989 f.; HARTL, S. 73 f.; OHLY, S. 933; SCHWEERS, S. 89; BEUTHIEN/WASMANN, S. 256.



## ERGEBNIS

Bei Verletzungen von Urheberrecht, Patentrecht, Geschmacksmusterrecht, Wettbewerbsrecht, Warenzeichenrecht, Persönlichkeitsrecht, Betriebsgeheimnissen, Namenszeichen und Firmenzeichen gilt die dreifache Schadensberechnung nach Wahl des Verletzten. Der Verletzte kann wahlweise den Ersatz des konkreten Schadens einschließlich des entgangenen Gewinns, die Zahlung der fiktiven, angemessenen Lizenzgebühr oder die Herausgabe des erzielten Gewinns des Verletzers als Schadensersatz fordern. Der Verletzte darf nicht wegen des Verquickungsverbots und Vermengungsverbots miteinander vermengen oder kumulativ anwenden. Das gilt allerdings nicht für Begleitschäden (Marktverwirrungsschaden, Rechtsverfolgungskosten, Überwachungskosten).

Das RG hat diese Schadensberechnungsmethode bei der Verletzung des Immaterialgüterrechts, die mittlerweile gewohnheits- bzw. richterrechtlich ist, anerkannt und entwickelt. Bezugnehmend auf die „Theater“-Entscheidung (1877) hat das RG in der „Ariston“-Entscheidung (1895) die dreifache Schadensberechnung erstmals begründet. Daneben hat der BGH in der „Paul-Dahlke“-Entscheidung aus dem Jahre 1956 erstmals bei Persönlichkeitsrechten die Berechnung des Schadens nach einer angemessenen Lizenzgebühr für anwendbar erklärt, weil die Verletzung bei Persönlichkeitsrechten naturgemäß nicht rückgängig gemacht werden kann und auch eine konkrete Berechnung des Schadens für die Gerichte schwer ist. Obwohl diese Schadensberechnungsmethode seit über einem Jahrhundert besteht, sind ihre dogmatischen Grundlagen auch heute umstritten. Daneben gibt es immer noch ungelöste und klärungsbedürftige Fragen und aktuelle Probleme zum Thema.

Der Schutzrechtsinhaber kann zunächst seinen Schaden konkret berechnen. Die konkrete Berechnung des Schadens ist im Immaterialgüterrecht schwierig, da ihn der Verletzte zu beziffern und mögliche und zumutbare Anhaltspunkte vorzutragen hat. Daneben hat die konkrete Schadensberechnung für den Verletzten den Nachteil, dass er den Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem Umsatzverlust konkret nachweisen muss. Bei der Verletzung der Persönlichkeitsrechte ist die konkrete Berechnungsmethode häufig schwierig, um eine materielle Schädigung konkret anzugeben und nachzuweisen. Das Persönlichkeitsrecht stellt ein unkörperliches Recht dar, dass es keine Substanzbeeinträchtigung erleiden kann. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass die angemessene Lizenzgebühr aufgrund der erheblichen Nachweisschwierigkeiten der konkreten Schadensberechnung entwickelt



wurde. Lizenzanalogie wurde von der Praxis und dem Gewohnheitsrecht ausgedehnt, um dem Schutzrechtsinhaber bei Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Nachweises einen einfacheren Weg der Ersetzung von seinem Schaden anzubieten. Aber diese Berechnungsmethode (Lizenzanalogie) hat auch den Nachteil, weil der Verletzer kein wirtschaftliches Risiko trägt. Deswegen steht der Verletzer besser als ein Lizenznehmer. Die Praxis zeigt, dass das Risiko des Verletzers sich auf die angemessene Lizenzgebühr beschränkt. Daneben ist die Rechtsgrundlage des Anspruches auf Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr unklar, weil der Anspruch auf eine Lizenzgebühr sowohl auf das Schadensersatzrecht (§ 252 BGB) als auch auf das Bereicherungsrecht (§ 812/Abs. 1, S. 1; § 818/Abs. 2 BGB) gestützt werden kann. Der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns ist nicht nur wirtschaftlich wenig sinnvoll für den Verletzten, sondern in der Praxis auch sehr schwierig, weil es in vielen Fällen nicht oder nur schwer möglich ist, einen erzielten Gewinn des Verletzers zu bemessen. Die Frage ist entscheidend, welche Kosten der Verletzer vom Erlös aus dem Verkauf des verletzenden Immaterialguts abziehen darf. Probleme können sich nicht nur bei der Feststellung der kausalen Einnahmen, sondern auch bei der Bestimmung der Kosten ergeben. Abschließend ist festzustellen, dass der Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns gegenüber der Lizenzanalogie den Nachteil hat, weil der Verletzte auf die Gewinnkalkulation des Verletzers konkret nachweisen muss.



## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.:	Absatz
Alt.:	Alternative
Aufl.:	Auflage
Bd.:	Band
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE:	Bundesgericht-Entscheidungen/Schweiz
BGer:	schweizerisches Bundesgericht
BGH:	Bundesgerichtshof
BGHZ:	Bundesgerichtshof/Zivilsachen
BvR:	Bundesverfassungsrichter
bzw.:	beziehungsweise
etc.:	et cetera (und so weiter)
f.:	folgende
ff.:	fortfolgende (Seiten)
GebrMG:	Gebrauchsmustergesetz
GEMA:	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GeschmMG:	Geschmacksmustergesetz
GRUR:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht-Internationaler Teil
hrsg.:	herausgegeben
MarkenG:	Markengesetz
NJW:	Neue Juristische Wochenschrift
NZFam:	Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZV:	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
PatG:	Patentgesetz
RG:	Reichsgericht
RGZ:	Reichsgericht / Zivilsachen
ROHG:	Reichsoberhandelsgericht
S.:	Satz
	Seite
UrhG.:	Urheberrechtsgesetz
usw:	und so weiter
UWG:	Unlauterer Wettbewerbs-Gesetz
Vgl.:	vergleiche
z.B.:	zum Beispiel
ZPO:	Zivilprozessordnung



## WEBVERZEICHNIS

<https://beck-online.beck.de>

<https://www.bundesverfassungsgericht.de>

<https://dejure.org>

<http://www.servat.unibe.ch>

## LITERATURVERZEICHNIS

ALEXANDER, Christian: **Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

AMSCHEWITZ, Dennis: **Die Durchsetzungsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Recht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

BEUTHIEN, Volker/WASMANN, Dirk: Zur Herausgabe des Verletzergewinns bei Verstößen gegen das Markengesetz-Zugleich Kritik an der sogenannten dreifachen Schadensberechnung, **GRUR 1997**, Heft 4, S. 255-261.

BINDER, Christof: Die Zukunftsfähigkeit der markenrechtlichen Lizenzanalogie, **GRUR 2012**, Heft 12, S. 1186-1198.

BIRRER, Franz: **Das Verschulden im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Universitätsverlag, Freiburg, 1970.

BOESCHE, Katharina Vera: **Wettbewerbsrecht**, 3. völlig neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009.

BRANDNER, Hans Erich: Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, **GRUR 1980**, Heft 5, S. 359-364.

DREIER, Thomas: **Kompensation und Prävention, Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002.

DREIER, Thomas/SCHULZE, Gernot/SPECHT, Louisa: **Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz Kommentar**, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 2018.

EHLERS, Wolfram: **Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1977.



ELLGER, Reinhard: **Bereicherung durch Eingriff (das Konzept des Zuweisungsgehalts im Spannungsfeld von Ausschliesslichkeitsrecht und Wettbewerbsfreiheit)**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2003.

ERGER, Christian/KAESLING, Katharina: Immaterieller Schadensersatz im Zugewinnausgleich der deutsch-französischen Wahlzugewinnngemeinschaft, **NZFam 2014**, Heft 14, S. 631-636.

FISCHER, Peter: **Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Ersatz des Immateriellen Schadens in Geld bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**, Dissertation Köln Universität, Köln, 1966.

FUNKEL, Thorsten: **Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz Immaterieller Schäden in Geld (eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschäden in Deutschland und England)**, Beck, München, 2001.

GÖTTING, Horst Peter: **Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte**, Verlag Mohr, Tübingen, 1995.

HAEDICKE, Maximilian: Die Gewinnhaftung des Patentverletzers, **GRUR 2005**, Heft 7, S. 529-535.

HANSEN, Wilhelm Matthias: **Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung (unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung zum Gebrauchsentzug von Kraftfahrzeugen und zur Beeinträchtigung der Urlaubsfreude)**, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1977.

HARTL, Michael: **Persönlichkeitsrechte als verkehrsfähige Vermögensgüter**, Konstanz, 2004. (<https://kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/3337>, zuletzt besucht am: 15.10.2019)

HEIL, Ulf/ROOS, Michael: Zur dreifachen Schadensberechnung bei Übernahme sonderrechtlich nicht geschützter Leistungen-zugleich Anmerkung zu BGH GRUR 1993, 757 ff.-Kollektion Holiday, **GRUR 1994**, 96. Jahrgang, Heft 1, S. 26-31.

HELMS, Tobias: **Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

HOFMANN, Ruben A./FRIES, Peter: Der äußerungsrechtliche Geldentschädigunganspruch im digitalen Zeitalter, **NJW 2017**, Heft 33, S. 2369-2374.



JANSEN, Nils: **Historisch-kritischer Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 1. Teilband, §§ 241-432, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007 (Hrsg.: SCHMOECKEL, Mathias/RÜCKERT, Joachim/ZIMMERMANN, Reinhard).

JANSSEN, Andre: **Präventive Gewinnabschöpfung**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

JENNY, Reto M.: **Die Eingriffskondiktion bei Immaterialgüterrechtsverletzungen (unter Berücksichtigung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung und unechter Geschäftsführung ohne Auftrag)**, Schulthess, Zürich, 2005.

KAYA, Hilal Ünal: **Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei**, Peter Lang, Berlin, 2018.

KELKER, Alexandra: **Gewinnherausgabe zwischen Schadensersatz- und Bereicherungsanspruch im Immaterialgüterrecht (zugleich eine historische und dogmatische Untersuchung des heutigen Immaterialgüterrechts sowie der einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetze)**, Dissertation Münster Universität, Münster, 2003.

KOOS, Stephan: **Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)**, Bd. 2, 3. Auflage, C. H. Beck, München, 2016 (Hrsg.: FEZER, Karl-Heinz/BÜSCHER, Wolfgang/OBERGFELL, Eva Ines).

KRAßER, Rudolf/ANN, Christoph: **Patentrecht, Lehrbuch zum deutschen und europäischen Patentrecht und Gebrauchsmusterrecht**, 7. neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck, München, 2016.

LEHMENT, Henrik: **Das Fotografieren von Kunstgegenständen**, V&R Unipress, Göttingen, 2008.

LOCHER, Felix: Zu den vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund neuerer Gerichtsentscheide, **GRUR Int 2007**, Heft 4, S. 275-284.

MEIER-BECK, Peter: Herausgabe des Verletzergewinns- Strafschadensersatz nach deutschem Recht?, **GRUR 2005**, Heft 7, S. 617-623.

MÜLLER, Peter: **Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht**, de Gruyter, Berlin, 2000.

NEUWALD, Jost: **Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung**, Bönecke Druck, München, 1968.



OETKER, Hartmut: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht-Allgemeiner Teil I**, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2019 (Hrsg.: SÄCKER, Franz Jürgen/RIXECKER, Roland/OETKER, Hartmut/LIMPERG, Bettina).

OHLY, Ansgar: Schadensersatzansprüche wegen Rufschädigung und Verwässerung im Marken- und Lauterkeitsrecht, **GRUR 2007**, Heft 11, S. 926-934.

PAAL, Boris P.: **UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Grosskommentar**, Bd. 3, §§ 8-20, 2. neu bearbeitete Auflage, Walter De Gruyter, Nördlingen, 2015 (Hrsg.: TEPLITZKY, Otto/ PEIFER, Karl Nikolaus/LEISTNER, Matthias).

PITZ, Johann: **Patentverletzungsverfahren: Grundlagen, Praxis, Strategie**, 2. aktualisierte Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

REESE, Jan Frederik: **Die Bewertung von Immaterialgüterrechten**, Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht Bd. 14, V&R Unipress, Göttingen, 2005.

SCHAUB, Renate: Schadensersatz und Gewinnabschöpfung im Lauterkeits- und Immaterialgüterrecht, **GRUR 2005**, Heft 11, S. 918-924.

SCHERRER, Katharina: Konflikte zwischen allgemeinem Persönlichkeitsrecht aus Art. 1, 2 I GG und der Meinungsfreiheit aus Art. 5 I GG in der Werbung mit Prominenten, **Immaterialgüterrecht: Das Verhältnis von geistigem Eigentum und Menschenrechten**, Ibidem Verlag, Stuttgart, 2008, S. 183-212 (Hrsg.: GÖTTING, Horst Peter/WESTKAMP, Guido).

SCHRAMM, Carl: Der Marktverwirrungsschaden, **GRUR 1974**, Heft 9, S. 617-622.

SCHWARZ, Cornelia: **Privatrechtlicher Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber den Medien (Entwicklung von 1900 bis heute)**, Dissertation Erlangen-Nürnberg Universität, Erlangen, 1995.

SCHWEERS, Stefan Christian: **Die vermögenswerten und ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts nach dem Tod des Trägers**, Köln, 2006. (<https://kups.ub.uni-koeln.de/1793/>, zuletzt besucht am: 15.10.2019)

SLIZYK, Andreas: **Schmerzensgeld**, 16. überarbeitete und aktualisierte Auflage, C.H.Beck, München, 2020.

STOLL, Carsten: **Die dreifache Schadensberechnung im Wettbewerbs- und Markenrecht als Anwendungsfall des allgemeinen Schadensrechts**, Köhler-Druck, Tübingen, 2000.



TROLLER, Alois: **Immaterialgüterrecht**, Bd. 2, 3. völlig überarbeitete Auflage, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985.

UESSELER, Christina: **Einwirkungen der Grundrechte auf das Schadensersatzrecht**, Münster, 2008. (<https://d-nb.info/990200566/34>, zuletzt besucht am: 15.10.2019)

ULLMANN, Eike: Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, **GRUR 1978**, Heft 11, S. 615-623.

Von BÜREN, Roland/MARBACH, Eugen: **Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht**, 2. vollständig überarbeitete Auflage, Stämpfli, Bern, 2002.

WELKE, Wanja Andreas: **Die Repersonalisierung des Rechtskonflikts, zum gegenwärtigen Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, zugleich eine Analyse von exemplary (punitive) damages**, Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main, 2008.

WENKER, Rainer: Transparenz und Akzeptanz des Schmerzensgeldanspruchs, **NZV 2014**, Heft 6, S. 241-245.

WIDMER, Beat: **Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten (neuere Aspekte im Lichte der Praxisänderung in BGE 97 II 169)**, Reihe A: Privatrecht, Bd. 13, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 1985.

WOLFF, Bodo: **Praxiskommentar Urheberrecht, UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL**, 5. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C. H. Beck, München, 2019 (Hrsg.: WANDTKE, Artur Axel/BULLINGER, Winfried).

ZURTH, Patrick: Bereicherungsrechtliche Implikationen im Immaterialgüterrecht, **GRUR 2019**, Heft 2, S. 143-150.