

Die doppelte Lizenzgebühr ist kein Strafschadensersatz – Anmerkung zu EuGH ZUM 2017, 349 – Stowarzyszenie »Oławska Telewizja Kablowa«

Erstveröffentlichung in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2017, S. 353-355

Seit 2004 harmonisiert Art. 13 RL 2004/48/EG (DuRL) den immaterialgüterrechtlichen Schadensersatz. Nach anfänglichen Diskussionen, ob das deutsche Schadensersatzrecht verschärft werden und insbesondere Verletzerzuschläge eingeführt werden müssten, ist das Thema in einen Dornröschenschlaf gefallen. Aus diesem hat es der EuGH aufgeweckt. Binnen Jahresfrist hat er zum fünften Mal zum immaterialgüterrechtlichen Schadensersatz Stellung genommen. Er hat unter anderem entschieden: immaterieller Schadensersatz muss neben der angemessenen Lizenzgebühr gewährt werden (EuGH ZUM-RD 2016, 349 – Liffers); das Unionsrecht erfordert keinen pauschalen Verletzerzuschlag (EuGH GRUR 2016, 1043 – Hansson); die angemessene Entschädigung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 DuRL muss einen geringeren Umfang haben als der volle Schadensersatz nach Art. 13 Abs. 1 DuRL (EuGH GRUR 2016, 931 Rn. 50, 55 – Nikolajeva); und eine pauschalierte Prozesskostenerstattung kann der Durchsetzungs-RL entgegenstehen, wenn diese erheblich hinter den tatsächlich entstandenen Kosten zurückbleibt (EuGH GRUR Int. 2016, 963 – United Video Properties).

In der hier besprochenen Entscheidung hat der EuGH im Kern vier Aussagen gemacht: Die Durchsetzungs-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht, überkompensatorische Strafschadensersatzansprüche vorzusehen (dazu I.). Ob die Richtlinie den Mitgliedstaaten darüber hinaus sogar verbietet, Strafschadensersatzansprüche vorzusehen, lässt der Gerichtshof ausdrücklich offen (dazu II.). Jedoch kann das Verhältnismäßigkeitsgebot aus Art. 3 Abs. 2 DuRL Schadensersatzforderungen entgegenstehen, wenn diese im Einzelfall den tatsächlich erlittenen Schaden eindeutig und beträchtlich übersteigen (dazu III.). Eine doppelte Lizenzgebühr sieht der EuGH grundsätzlich nicht als Strafschadensersatz an, weil die einfache Lizenzgebühr hinter dem tatsächlich erlittenen Schaden zurückbleiben kann (dazu IV.).

I. Zunächst stellt der EuGH klar, dass die Durchsetzungs-RL nicht zu überkompensatorischem Schadensersatz verpflichtet (Rn. 27; vgl. auch EuGH GRUR 2016, 1043 Rn. 37, 40 – Hansson; EuZW 2016, 183 Rn. 34, 37 – Camacho). Dies ergibt sich deutlich aus Erwägungsgrund 26 Satz 3 der Richtlinie.

Das ist jedenfalls in Deutschland nach Verabschiedung der Durchsetzungs-RL noch anders gesehen worden (vgl. etwa Tetzner, GRUR 2009, 6, 8 ff.). Abgestellt wurde vor allem auf Art. 3 Abs. 2 DuRL, der die Mit-

gliedstaaten zu »wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden« Maßnahmen verpflichtet. In der aufgeregten Diskussion über den Sinn (und Unsinn) von Strafschadensersatz wurde aber übersehen, dass der Richtliniengeber damit lediglich die Standardformel des EuGH kodifiziert hatte, mit der Letzterer die allgemeine Verpflichtung der Mitgliedstaaten konkretisiert, wie sie Richtlinienbestimmungen umzusetzen haben (vgl. etwa EuGH NJW 1990, 2245 Rn. 24 – Kommission/Griechenland). Deswegen findet man diese Formulierung in wenigstens 489 Verordnungen und Richtlinien, etwa in Art. 8 der Richtlinie über die Haltung von Wildtieren in Zoos (1999/22/EG) oder in Art. 23 der Richtlinie über Verbraucherkreditverträge (2008/48/EG).

Eine wirksame und damit »abschreckende« Wirkung kommt Schadensersatz bereits dann (aber auch nur dann) zu, wenn er den eingetretenen Schaden vollständig kompensiert (instruktiv EuGH NJW 1997, 1839 Rn. 25, 27, 32, 39 f. – Draempahl; EuZW 2016, 183 Rn. 34, 37 – Camacho, beide zur Gleichstellungs-RL). Allerdings sind nach dem Schadensverständnis des EuGH mehr Schadenspositionen zu berücksichtigen als nach dem klassischen deutschen Verständnis von Schadensersatz. Insofern kann bereits die Verpflichtung zum vollständigen Ersatz des »gesamten tatsächlich erlittenen Schadens« Deutschland zu einer erheblichen Änderung der Schadensersatzpraxis zwingen (dazu näher unten IV.).

II. Interessanterweise lässt der EuGH ausdrücklich offen, ob die Richtlinie den Mitgliedstaaten darüber hinausgehend verbietet, Strafschadensersatz vorzusehen (Rn. 29). An sich ist Art. 2 Abs. 1 DuRL eindeutig. Er stellt den Mitgliedstaaten frei, »Instrumente« vorzusehen, »die für die Rechtsinhaber günstiger sind«. Generalanwältin Sharpston hatte in ihren Schlussanträgen jedoch die Ansicht vertreten, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten nur offenlässt, zusätzliche Rechtsbehelfe vorzusehen, etwa die Nichtigkeitserklärung einer rechtsverletzenden Marke (ECLI:EU:C:2016:900 Rn. 49 ff.). Soweit die Richtlinie aber Vorgaben mache, stellten diese abschließende Vorgaben dar.

Das hat den EuGH mit Recht nicht überzeugt (Rn. 22 f.; EuGH GRUR 2016, 1043 Rn. 36, 40 – Hansson). Auch Erwägungsgrund 26 Satz 3 DuRL entnimmt der EuGH kein Verbot, Strafschadensersatz im nationalen Recht einzuführen (Rn. 28). Dennoch lässt der EuGH gleich im folgenden Absatz offen, ob nicht Art. 13 DuRL ein solches Verbot enthält (Rn. 29).

III. Woraus sich ein solches Verbot ergeben könnte, erschließt sich erst, wenn man die Aussagen des EuGH in Rn. 31 im Zusammenhang mit den Schlussanträgen der Generalanwältin liest. Der Gerichtshof stellt mitgliedstaatlichen Schadensersatzansprüchen das Verbot des Rechtsmissbrauchs aus Art. 3 Abs. 2 DuRL entgegen. Das aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip abgeleitete Verbot greift ein, wenn eine (pauschalierte)

Schadensersatzforderung »den tatsächlich erlittenen Schaden in Ausnahmefällen [...] eindeutig und beträchtlich überschreitet«.

1. Der EuGH greift damit die Argumentation der Generalanwältin auf, die das Verbot von Strafschadensersatz auch mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie begründet hatte (ECLI:EU:C:2016:900 Rn. 44 ff.). Sie weist zutreffend darauf hin, dass Rechtsbehelfe nach Art. 3 Abs. 2 DuRL nicht nur »wirksam und abschreckend«, sondern auch »verhältnismäßig« sein müssen (aaO. Rn. 44; vgl. auch Raue, Dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 101 f.). Aufgabe der Schadensersatznormen ist, einen Interessenausgleich zwischen dem geschädigten Rechteinhaber und dem Verletzer herbeizuführen. Wer einseitig die Interessen des Rechteinhabers betont und immer drastischere Sanktionen vorsieht, verkennt, dass die Immaterialgüterrechte an ihren Grenzen Graubereiche des gerade noch Erlaubten bzw. bereits Verbotehen haben. Dort wirken übermäßige Sanktionen abschreckend und dehnen die Immaterialgüterrechte über ihren als sinnvoll angesehenen Schutzbereich aus. Die Folge sind gesellschaftlich unerwünschte Phantomrechte (Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 89 f., 455 ff.).

Für die Generalanwältin sind Schadensersatzansprüche nur dann verhältnismäßig, wenn eine gewisse Relation zwischen dem erlittenen Verlust und dem geltend gemachten Betrag besteht (aaO. Rn. 46). Für diese Auslegung kann sie sich auf den *acquis communautaire* des Schadensrechts stützen. So enthält etwa die 2014 erlassene kartellrechtliche Schadensersatz-Richtlinie (2014/104/EU) in Art. 3 Abs. 3 ein ausdrückliches Verbot überkompensatorischen Strafschadensersatzes und erklärt in Erwägungsgrund 12, den gemeinschaftlichen Besitzstand der Schadensdefinition zusammenfassen zu wollen.

2. Dennoch erscheint die Argumentation des Gerichtshofs widersprüchlich. Obwohl die Richtlinie nur mindestharmonisierend ist, lässt der EuGH ausdrücklich offen, ob sie den Mitgliedstaaten verbietet, im nationalen Schadensrecht einen Strafschadensersatzanspruch vorzusehen. Gleichzeitig begrenzt der EuGH aber die Höhe der Schadensersatzansprüche durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip bzw. den Rechtsmissbrauchseinwand.

Es drängt sich folgender Einwand auf: Entweder gestattet die Richtlinie den Mitgliedstaaten, einen überkompensierenden Strafschadensersatzanspruch vorzusehen. Dann kann sie die Höhe eines solchen Anspruchs nicht durch die Höhe des tatsächlich erlittenen Schadens begrenzen; als einzige Grenze käme der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Betracht, bei dem aber eine ganze Reihe weiterer Faktoren berücksichtigt werden müsste. Oder die Richtlinie begrenzt die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten, Strafschadensersatz vorzusehen, indem Letztere Schadensersatz zwar pauschalisieren, grundsätzlich aber keinen Anspruch vorsehen dürfen, der eindeutig und beträchtlich über dem tatsächlich erlittenen Schaden liegt. Das wollte der EuGH aber gerade offenlassen.

Zur Auflösung dieses Widerspruchs helfen wieder die Schlussanträge der Generalanwältin. Diese stellt maßgeblich auf die Systementscheidung des nationalen Gesetzgebers ab (ECLI:EU:C:2016:900 Rn. 46). Entschieden sich dieser für einen kompensierenden Schadensersatzanspruch, dann muss er ihn durch den Rechtsmissbrauchseinwand begrenzen, wenn im Ausnahmefall der geltend gemachte Schadensersatzbetrag eindeutig und beträchtlich über dem erlittenen Schaden liegt. Bezweckt der Rechtsbehelf dagegen von vornherein nicht den Ausgleich des tatsächlich erlittenen Schadens, sondern dient er vor allem der Abschreckung, dann ist das erlaubt, soweit die allgemeinen Grenzen der Verhältnismäßigkeit eingehalten werden (vgl. EuGH EuZW 2016, 183 Rn. 44 – Camacho).

3. Welche Konsequenzen ergeben sich daraus für das deutsche Schadensrecht? Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der Durchsetzungs-RL die Funktionen des Schadensersatzes ausdrücklich auf die Schadenskompensation beschränkt (BT-Dr. 16/5048, S. 37; vgl. auch BT-Dr. 17/5242, S. 4). Das unionsrechtliche Rechtsmissbrauchsverbot betrifft dann vor allem die Herausgabe des Verletzergewinns, sofern man diese als pauschalierten Schadensersatz ansieht. Die Gewinnherausgabe steht nun unter dem Vorbehalt, dass der Verletzergewinn den tatsächlich angerichteten Schaden nicht erheblich übersteigt. Das war etwa im BGH-Urteil »Objektive Schadensberechnung« evident (BGH GRUR 1995, 349). Die Beklagten hatten zu Werbezwecken rechtswidrig den Katalog des klagenden Brillenherstellers übernommen, mit dessen Hilfe aber nur Originalbrillen verkauft. Die Verkäufe des Beklagten hatten also unmittelbar den Umsatz des Klägers gesteigert. Eine Gewinnherausgabe wäre also unverhältnismäßig.

IV. Aufhorchen lässt die vierte Aussage des EuGH. Er wiederholt die mittlerweile etablierte Formel, wonach der immaterialgüterrechtliche Schadensersatz den »gesamten tatsächlich verursachten Schaden« ausgleichen muss. Für ihn ist die einfache Lizenzgebühr nicht immer geeignet, diesen Schaden auszugleichen (Rn. 30; vgl. zuvor schon EuGH GRUR 2016, 1043 Rn. 57 – Hansson m. w. N. zu Art. 94 Abs. 2 VO 2100/94; GA Wathelet, ECLI:EU:C:2015:768 Rn. 27 – Liffers). Diese würde etwa nicht die Kosten abdecken, die für die Feststellung der Verletzungshandlung und ihrer Verursacher anfielen (dazu 1.). Auch mögliche immaterielle Schäden (dazu 2.) und die Zahlung von Zinsen würden dadurch nicht abgedeckt (dazu 3.). Deswegen sei auch die doppelte Lizenzgebühr nicht notwendig ein Strafschadensersatz.

1. Nach Erwägungsgrund 26 Satz 3 DuRL müssen dem Rechteinhaber auch die Kosten für die Feststellung der Verletzungshandlung und ihrer Verursacher ersetzt werden. Im deutschen Schadensrecht werden die Kosten der eigenen Mühewaltung ebenso wenig ersetzt wie die Kosten der allgemeinen Marktbeobachtung (MünchKommBGB/Oetker, 7. Aufl. 2015, § 249 Rn. 88, 205 m. w. N.). Lediglich die Kosten besonderer Aufklärungsmaßnahmen sind ersatzfähig, soweit die konkrete Rechtsver-

letzung dafür kausal gewesen ist. Inwiefern diese Praxis aufrechterhalten werden kann, wird der EuGH zu entscheiden haben. Gegen die Ersatzfähigkeit allgemeiner Marktbeobachtungskosten spricht jedoch das Kausalitätserfordernis, das auch das Schadensrecht der Union kennt und vom EuGH lediglich für die pauschalierte Schadensberechnung etwas relativiert wurde (Rn. 32). Der EuGH hat in der »Hansson«-Entscheidung vorgegeben, dass der Kostenersatz nicht so niedrig sein darf, dass er den Geschädigten von der Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abhalten kann (EuGH GRUR 2016, 1043 Rn. 62 m. w. N. – zu Art. 94 Abs. 2 VO 2100/94). Zudem sind die Kosten der allgemeinen Marktbeobachtung nicht von Art. 14 DuRL erfasst, der die Erstattung der Prozesskosten regelt; inwiefern Art. 13 Abs. 1 DuRL diese Vorfeldkosten erfasst, hat er in der Entscheidung »United Video Properties« noch offengelassen (EuGH GRUR Int. 2016, 963 Rn. 35, 39).

2. Immaterielle Schäden spielen in der deutschen Schadensersatzpraxis so gut wie keine Rolle. Das wird sich ändern müssen. Der EuGH hat nun schon zum zweiten Mal darauf hingewiesen, dass zum Ersatz des »gesamten tatsächlich eingetretenen Schadens« auch die immateriellen Einbußen gehören (Rn. 30; zuvor EuGH ZUM-RD 2016, 349 Rn. 17 – Liffers). Zu diesen gehören nach französischer Tradition auch Ruf- und Verwässerungsschäden. Französische Gerichte schätzen diese Schadenspositionen beherzt und sprechen dem Rechtsinhaber regelmäßig mehrere 10.000,00 € zu (dazu Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 154 ff. m. w. N.). Diese Linie haben die Unionsgerichte in ihrer Rechtsprechung zur Staatshaftung von Unionsorganen übernommen (Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 63 ff. m. w. N.). Wie weit sie den Kreis der ersatzfähigen Schäden ziehen, macht das »Hautem«-Urteil des EuG deutlich. Darin gewährte es einem Angestellten der Europäischen Investitionsbank umgerechnet 25.000,00 € Schadensersatz für die »Ungewissheit und Unsicherheit in Bezug auf die Anerkennung seiner Rechte und seiner beruflichen Zukunft« (EuG Slg. 2000, II-4019 Rn. 51 ff. – Michel Hautem). Es ist daher zu erwarten, dass der EuGH diese Praxis im Immaterialgüterrecht fortführen wird. Dann werden deutsche Gerichte nicht weiter darauf verweisen können, dass ihnen ausreichende tatsächliche Anhaltspunkte fehlten, um Ruf- oder Verwässerungsschäden näher zu beziffern.

3. Zum *acquis communautaire* gehört die Zahlung von Zinsen (vgl. Erwgr. 12 RL 2014/104/EU). Wird der angerichtete Schaden in Geld ausgeglichen, muss dem Rechteinhaber die Höhe der Geldentwertung zwischen dem Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses und der endgültigen Zahlung des Entschädigungsbetrags ausgeglichen werden (EuGH Slg. 1994, I-341 Rn. 39 ff. – Grifoni).

4. Der EuGH stellt im vorliegenden Urteil sehr differenziert auf die einzelnen Schadenspositionen ab. Das entspricht der Praxis der französischen Gerichte, die nach Immaterialgüterrechtsverletzungen in vielen Fällen nicht lediglich eine pauschale Lizenzgebühr zusprechen, sondern

die einzelnen Schadenspositionen differenziert herausarbeiten und zum Teil großzügig schätzen (dazu ausführlich Raue, Dreifache Schadensberechnung, S. 152 ff. m. w. N.). Vor französischen und englischen Gerichten hat auch der entgangene Gewinn bei Immaterialgüterrechtsverletzungen eine praktische Bedeutung. Er ist die Regelsanktion, wenn Verletzer und Rechteinhaber direkte Konkurrenten waren (Raue, aaO., S. 138 ff., 168 ff. m. w. N.). In beiden Rechtsordnungen nutzen die Gerichte ihre Schätzungscompetenz aus und gewähren namhafte Beträge, indem sie den vollen Verletzerumsatz als Ausgangsgröße nehmen und aufgrund einer ökonomischen Einzelfallanalyse Abschläge schätzen. Den entgangenen Gewinn ergänzen französische und englische Gerichte um eine übliche Lizenzgebühr. Sie wird für den Anteil am Verletzerumsatz gewährt, der nicht zu einem korrespondierenden Rückgang beim Rechteinhaber geführt hat (Raue, aaO., S. 147 f., 174 f. m. w. N.).

Generalanwältin Sharpston hat in ihren Schlussanträgen betont, dass die pauschale Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie die Ausnahme bildet (ECLI:EU:C:2016:900 Rn. 36; vgl. auch EuGH GRUR 2016, 1043 Rn. 57 – Hansson). Sie sei vor allem für solche Fälle gedacht, in denen die Höhe des tatsächlich verursachten Schadens schwierig zu beziffern sei. Folgt der EuGH in künftigen Urteilen dieser Einschätzung, wofür einiges spricht, werden deutsche Gerichte auch ihre Zurückhaltung bei der Bezifferung des entgangenen Gewinns aufgeben müssen.

V. Im Immaterialgüterrecht befinden wir uns auf dem Weg zu einem europäischen Schadensbegriff. Wie in anderen Bereichen des Immaterialgüterrechts werden wir uns von lieb gewonnenen Gewohnheiten verabschieden und uns auf neue Konzepte einlassen müssen. Wenn das zu einer ausdifferenzierteren Schadensersatzpraxis im Immaterialgüterrecht führt, muss das nicht nachteilig sein.

Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Zivilrecht, insbesondere Recht der Informationsgesellschaft und des Geistigen Eigentums an der Universität Trier.