

Judith Schacherreiter

Bereicherung und Schadenersatz im Immateriälgüterrecht

Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen
Sonderprivatrecht und allgemeinem
Zivilrecht



Jan Sramek Verlag

Judith Schacherreiter

Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht

Nähere Informationen zu diesem PDF
und seine Nutzung finden Sie [hier](#).

Judith Schacherreiter

Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht

Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen
Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht

Veröffentlicht mit Unterstützung des FWF: PUB 477-G16

FWF Der Wissenschaftsfonds.

Die finanzielle Unterstützung des FWF ermöglicht auch den kostenfreien Zugriff auf dieses Dokument.

Creative Commons Licence Terms



You are free to share (copy and redistribute the material in any medium or format) and adapt (remix, transform, and build upon the material for any purpose, even commercially) this work under the following terms:

1. Attribution – You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.
2. No additional restrictions – You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

Die vollständigen Creative Commons Lizenzbestimmungen in deutscher Sprache finden Sie online unter

<<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>>

Eine auf hochwertigem Papier gedruckte Fassung mit Festeinband und Fadenheftung kann unter der ISBN 978-3-7097-0063-1 direkt beim Verlag <www.jan-sramek-verlag.at> oder im Buchhandel bestellt werden.

Typographisches Konzept und Eigensatz des Verlages
Schrift: Arnhem Pro

© Wien 2018, Jan Sramek Verlag KG

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Juni 2017 als Habilitationsschrift an der Universität Wien angenommen. Die Drucklegung wurde finanziell vom Österreichischen Wissenschaftsfonds (FWF) unterstützt.

Für kritische Anmerkungen und Diskussion im Vorfeld danke ich vor allem o. Univ.-Prof.i.R. Dr. Dr. h.c. Helmut Koziol sowie Univ.-Prof. Dr. Christiane Wendehorst. Großer Dank im Zusammenhang mit der Drucklegung gilt dem FWF für die Finanzierung, Dr. Gerhard Klumpe für das Lektorat und dem Jan Sramek Verlag für die hervorragende Zusammenarbeit bei der Drucklegung.

Wien, März 2018

Judith Schacherreiter

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI

Einleitung

A. Sonderprivatrecht und Systemkohärenz	3
B. Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht	8

I. Anspruch auf angemessenes Entgelt

A. Allgemeines	13
B. Fallbeispiele	16
1. Wurzelendreduzierer	16
2. Fußballwerbung I	17
C. Problemfelder	19
1. Rechtsnatur des Anspruchs	19
2. Anspruchshöhe	22
3. Anspruchsberechtigte	26
4. Anwendungsbereich des § 86 UrhG und des § 1041 ABGB	28
a. Beschränkung des § 86 Abs 1 UrhG	28
b. Beschränkung des § 86 Abs 2 UrhG	36
D. Zwischenresümee	37

II. Tatsächliche Vermögensschäden und Pauschalersatz

A. Allgemeines	39
B. Fallbeispiele	44
1. WIN	44
2. Mittelschulatlás	46
C. Problemfelder	47

1. Entwicklung und Bedeutung des Pauschalersatzes	47
2. Pauschalersatz ohne Grundscha- den	51
3. Strafcharakter der Pauschale und Ausgleichsprinzip	54
a. Strafschaden und Ausgleichsprinzip	54
b. Herkömmliche Rechtfertigung des Pauschalersatzes	57
(i.) Beweisschwierigkeiten bei Immaterialgüterrechtsverletzungen	57
(ii.) Verletzlichkeit von Immaterialgütern und Verletzungsfolgen	62
(iii.) Ausgleichsleistung für Überwachungs- und Verfolgungskosten	67
(iv.) Andere Schadenersatzbestimmungen mit Pönalcharakter	70
4. Der entgangene Gewinn	72
5. Anspruchsberechtigte	76
D. Zwischenresümee	78

III. Gewinnherausgabe

A. Allgemeines	81
B. Fallbeispiel	83
C. Problemfelder	85
1. Zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht	85
2. Gewinnabschöpfung in der bereicherungsrechtlichen Dogmatik	88
a. Gewinnabschöpfung als verschuldens- abhängiger Bereicherungsanspruch	88
b. Gewinn aus Verletzung und Verwendung eines fremden Rechtsguts	91
c. Höhe des herauszugebenden Gewinns	94
d. Schlussfolgerung	97
3. Gewinnabschöpfung in der schadenersatzrechtlichen Dogmatik	97
4. Gewinnabschöpfung jenseits von Schadenersatz und Bereicherung	100
D. Zwischenresümee	102

IV.	Ersatz ideeller Schäden	
	A. Allgemeines	105
	B. Fallbeispiele	107
	1. WIN	107
	2. Den Kopf zwischen den Schultern	108
	3. Rauchfänge	109
	C. Problemfelder	111
	1. Verhältnis zum allgemeinen Schadenersatzrecht	111
	a. Ideelle Schäden im allgemeinen Schadenersatzrecht	111
	b. Kritik und Rechtfertigung der immaterialgüterrechtlichen Sonderregeln	118
	c. Ehrenbeleidigungen	120
	2. Die besonderen Umstände und die Erheblichkeit der Verletzung	124
	3. Ersatzansprüche juristischer Personen	128
	D. Zwischenresümee	134
V.	Unternehmerhaftung	
	A. Allgemeines	137
	B. Fallbeispiele	139
	1. Colorbilder	139
	2. Almdudler III	141
	C. Problemfelder	143
	1. Bedienstete und Beauftragte im Unternehmensbetrieb	143
	2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	145
	3. Schadenersatzrechtliche Ansprüche	149
	D. Zwischenresümee	153
VI.	Tätermehrheit, Gehilfen und Anstifter	
	A. Allgemeines	155
	B. Fallbeispiele	156
	1. Masterplan	156
	2. Sockelplatten	157
	C. Problemfelder	158
	1. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	158
	2. Schadenersatzrechtliche Ansprüche	160

3. Solidarische Haftung	164
D. Zwischenresümee	164
VII. Gesamtresümee	
A. Die untersuchten Ansprüche	167
B. Sonderprivatrecht und Systemkohärenz	170
Literaturverzeichnis	179
Entscheidungsverzeichnis	185
Stichwortverzeichnis	191

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch 1811, idF BGBl I Nr 87/2015	<u>A</u>
ABl	Amtsblatt (der Europäischen Union)	
AcP	Archiv civilistischer Praxis	
BGBI	Bundesgesetzblatt	<u>B</u>
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof	
EisBFG	Eisenbahn-Beförderungs- und Fahrgastrechtegesetz, BGBl I Nr 40/2013	<u>E</u>
EvBl	Evidenzblätter	
EVHGB	4. Einführungsverordnung zum Handelsgesetzbuch	
FS	Festschrift	<u>F</u>
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte	<u>G</u>
GMG	Gebrauchsmustergesetz 1994, idF BGBl I Nr 126/2013	
GRUR	Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht	
GRURInt	Zeitschrift der deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil	
GS	Gedächtnisschrift	
idF	in der Fassung	<u>I</u>
JBl	Juristische Blätter	<u>J</u>
JuS	Juristische Schulung	
MR	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht	<u>M</u>
MSchG	Markenschutzgesetz 1970, idF BGBl I Nr 130/2015	
MuSchG	Musterschutzgesetz 1990, idF BGBl I Nr 126/2013	

XII Abkürzungsverzeichnis

<u>N</u>	NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
<u>O</u>	ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
	OGH	Oberster Gerichtshof
	ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
	OLG	Oberlandesgericht
	ÖSGRUM	Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht
<u>P</u>	PatG	Patentgesetz 1970, idF BGBl. I Nr. 126/2013
<u>R</u>	RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
<u>S</u>	SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen
<u>U</u>	UGB	Unternehmensgesetzbuch 1897, idF BGBl I Nr 22/2015
	UrHG	Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte 1936, idF BGBl 99/2015
	UWG	Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb 1984, idF BGBl I Nr 49/2015
<u>Z</u>	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
	ZPO	Zivilprozessordnung 1895, idF BGBl I Nr 94/2015
	ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Bereicherung- und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht

Ein Beitrag zum Verhältnis zwischen
Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht

Einleitung

A. Sonderprivatrecht und Systemkohärenz

Die vorliegende Schrift analysiert die bereicherungs- und schadenersatzrechtlichen Regelungen der zentralen immaterialgüterrechtlichen Sondergesetze (UrhG, PatG und MSchG) aus der Perspektive des allgemeinen Zivilrechts. In Praxis, Lehre und Schrifttum hat sich das Immaterialgüterrecht zu einem weitgehend autonomen Rechtsgebiet mit eigenen Expertinnen und Experten entwickelt. Es gilt als Sonderprivatrecht und wird als eigenes Fach unterrichtet, dem nicht nur spezifische Bücher gewidmet sind, sondern das auch in der Rechtspraxis von IP-Spezialisten und -Spezialistinnen betreut wird.

Im Folgenden werden die immaterialgüterrechtlichen Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche aber nicht als Teil eines autonomen Rechtsgebietes, sondern gezielt in ihrer inhaltlichen, systematischen und begrifflichen Beziehung zum allgemeinen Privatrecht untersucht. Aus einer dezidiert zivilrechtlichen Perspektive wird die Frage gestellt, ob und wie sich die Sonderansprüche in das allgemeine bereicherungs- und schadenersatzrechtliche System des ABGB einfügen. Aufbauend darauf setzt sich diese Untersuchung auch auf einer grundsätzlichen Ebene mit dem Verhältnis zwischen allgemeinem Zivilrecht und Sonderprivatrecht auseinander. Die typische Frontstellung zwischen den primär im Zivilrecht und den vor allem im Immaterialgüterrecht verankerten WissenschaftlerInnen wird aufgehoben, um zu zeigen, wie das Sonderprivatrecht gerade durch den (vielleicht nur auf den ersten Blick bestehenden?) Widerspruch zum allgemeinen Zivilrecht dessen systemkonforme Fortbildung und Ausdifferenzierung anregen kann.

Diese Ausrichtung der Arbeit basiert auf der Überzeugung, dass ein Sonderprivatrecht mit dem allgemeinen Privatrecht in Einklang stehen soll. Seine Rolle muss sich deshalb aber nicht auf die Konkretisierung oder Ergänzung des allgemeinen Privatrechts beschränken. Sonderprivatrecht kann selbstverständlich von den Regelungen des allgemeinen

Privatrechts abweichen. Solche Abweichungen sollten aber im Einklang mit den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen gerechtfertigt werden können, damit das Privatrecht insgesamt eine kohärente Einheit bildet und nicht in eine Anhäufung unzusammenhängender Normen mit unnachvollziehbaren Differenzierungen und Wertungswidersprüchen zerfällt. Insofern folgt diese Arbeit dem Standpunkt der allgemeinen Zivilrechtslehre, die in ihrem Streben nach Systemkohärenz dem Sonderprivatrecht mit gewisser Skepsis begegnet. Sie will aber gleichzeitig über diesen Standpunkt hinausgehen.

Einer der prominentesten Vertreter dieser Überzeugung ist *F. Bydliński*.¹ Er argumentiert, Sonderprivatrecht etabliere sich häufig auf einer allzu isolierten Problemsicht eines Spezialistentums, was häufig ohne sachlichen Grund zur unterschiedlichen Behandlung gleicher Fragen in verschiedenen Kontexten führe. Dies widerspreche einem zentralen Aspekt des modernen Gerechtigkeitsbegriffs: der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte nach konsequent festgehaltenen allgemeinen Maßstäben.² Man dürfe das Sonderprivatrecht daher nicht als eine autarke, vom allgemeinen Zivilrecht losgelöste Materie betrachten. Vielmehr müsse man es bewusst als ein in das allgemeine Zivilrecht eingebettetes Rechtsgebiet verstehen.³ *F. Bydliński* sieht sogar ein langfristiges Ziel darin, das gesamte Sonderprivatrecht im wissenschaftlichen System des allgemeinen Zivilrechts aufzulösen.⁴

Auf einer ähnlichen Auffassung basiert *Koziol*'s Kritik an den immaterialgüterrechtlichen Schadenersatzvorschriften und ihren Abweichungen vom allgemeinen Zivilrecht.⁵ Im Mittelpunkt seiner Kritik steht der pauschalierte Schadenersatz,⁶ den er als »rätselhafte Vorschrift« und »überaus eigenartige und sicherlich verfehlte Ersatzform« bezeichnet.⁷ Seine Kritik erklärt sich aus seinem Anliegen, das Schadenersatzrecht so zu interpretieren und fortzubilden, dass es eine »sinnvolle Einheit« und ein wertungskohärentes System ergibt.⁸ Die Schadenspauschale

1 *F. Bydliński* in FS Walter 105; *F. Bydliński*, System 415 ff, 708 ff.

2 *F. Bydliński* in FS Walter 105 (106).

3 *F. Bydliński*, System 419.

4 *F. Bydliński*, System 420.

5 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 235 ff (ebenso schon in der ersten Auflage); *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51; *Koziol*, RdW 2007/226, 198; *Koziol*, Grundfragen 2/55.

6 Eingehend *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 und *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199 ff).

7 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237.

8 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (52); *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (198).

hingegen sei, so *Koziol* in seinen älteren Publikationen, »mit den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht in Einklang zu bringen«. ⁹ Von diesen allgemeinen Grundsätzen solle nur dann abgewichen werden, wenn dies durch besondere Umstände gerechtfertigt sei. Zudem müsse eine solche Abweichung für sämtliche Fälle gelten, die sich durch diese besonderen Umstände auszeichnen. Nur so sei Systemkohärenz zu gewährleisten und zu verhindern, dass die Rechtsordnung zu einer »Ansammlung kurioser Einzelregeln« ¹⁰ verkomme.

Koziol's Standpunkt provozierte bei vielen Vertretern des Immaterialgüterrechts Kritik, die zur oben angesprochene Frontstellung führte. Seinem Drängen auf Systemkohärenz wird entgegengehalten, die Eigenart der Immaterialgüterrechte rechtfertige Systemabweichungen nicht nur, sondern mache sie sogar notwendig. Als Rechte an geistigen Gütern seien Immaterialgüterrechte nämlich außerordentlich verletzlich, weshalb es besonders schwierig sei, sie effektiv vor Eingriffen zu schützen. ¹¹ Zudem bereiteten die Schadensfeststellung und -bemessung bei Immaterialgüterrechtsverletzungen sehr spezifische Probleme, die strengere schadenersatzrechtliche Sanktionen wie etwa den Pauschalersatz rechtfertigen würden. ¹² *Koziol* wiederum bezweifelt, dass diese Eigenheiten der Immaterialgüterrechte besondere schadenersatzrechtliche Normen verlangen. Denn auch das allgemeine Schadenersatzrecht erfasse geistige und zahlreiche andere Rechtsgüter, bei denen es mindestens ebenso schwierig sei, sie effizient zu schützen und den eingetretenen Schaden zu bestimmen. Als Beispiele nennt er den Schutz von Liegenschaften vor Immissionen sowie den Schutz des Namens, der Ehre und des wirtschaftlichen Rufs. ¹³

Des Weiteren wird *Koziol* aus immaterialgüterrechtlicher Perspektive entgegengehalten, die Sonderbestimmungen würden einen effizien-

9 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (52).

10 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (53).

11 *Mahr*, MR 1994, 183 (189); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Walter* in seiner Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; so auch der OGH in Reaktion auf das Argument der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung anderer Träger von Persönlichkeitsrechten im Schadenersatzrecht in seiner Entscheidung vom 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*).

12 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (57f); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (39); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Walter* in seiner Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99.

13 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (54f).

enten Schutz gewährleisten¹⁴ und hätten sich in der Praxis bewährt.¹⁵ Bei dieser Argumentation handelt es sich um reine Praktikabilitätsabwägungen, die nicht darauf abzielen, die Kritik der Systemwidrigkeit als solche zu entkräften, da die Praxistauglichkeit einer Regel noch nichts über ihre Systemkonformität aussagt.¹⁶ Der Verweis auf die Praktikabilität einer Norm bringt in Anbetracht der Kritik der Systemwidrigkeit lediglich zum Ausdruck, dass Systemwidrigkeiten aus pragmatischen Überlegungen hingenommen werden sollten.

Zumindest implizit wird häufig auch angeführt, bei dem Streben nach Systemkohärenz handle es sich um ein rein theoretisches und praxisfernes Anliegen. So räumt etwa *Walter*¹⁷ ein, die Pauschale möge aus »rein schadenersatzrechtlicher Sicht« zwar rätselhaft erscheinen und dem »klassischen Verständnis« des Schadenersatzrechts widersprechen, sie habe sich in der Praxis aber bewährt. Damit wird das Streben nach Systemkohärenz der Theorie und die Suche nach effizienten Lösungen der Praxis zugeordnet. In diesem Sinne schreibt auch *Torggler*, »unorthodoxe« Lösungen sollten akzeptiert werden, wenn sie für die Rechtspraxis sinnvoll seien.¹⁸ Systemkonformität wird damit zu einem orthodoxen akademischen Anliegen, das für die Bedürfnisse der Praxis blind ist.¹⁹

Damit lassen sich die widerstreitenden Positionen wie folgt zusammenfassen: Auf der einen Seite stehen auf Systemgerechtigkeit und Wertungskohärenz bedachte Vertreter des Zivilrechts, aus deren Perspektive Sonderinstitute wie der pauschale Schadenersatz oder die Gewinnausgabe grundsätzlich abzulehnen sind. Auf der anderen Seite stehen Vertreter des Immaterialgüterrechts, die sich darauf konzentrieren,

14 *Mahr*, MR 1994, 183 (187).

15 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58); *Walter*, MR 1995, 2 (4).

16 So auch *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (53).

17 *Walter*, MR 1995, 2 (4).

18 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (59).

19 Dies wird besonders deutlich bei der Kritik von *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (57), der zwar zunächst die Praxisbezogenheit von *Koziols* Besonderem Teil zum Haftpflichtrecht positiv hervorhebt, in der Folge aber argumentiert, dass sich »der Praktiker« *Koziols* Kritik an den von den allgemeinen Grundsätzen abweichenden sondergesetzlichen Regelungen nicht anschließen könne. Impliziert wird *Koziol* damit zum »reinen Theoretiker«. Der pauschale Schadenersatz entspräche den Bedürfnissen der Praxis und es könne deshalb »dahinstehen ob [die Regelungen] bei streng dogmatischem Vergleich mit den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen« systemwidrig seien.

innerhalb des Immaterialgüterrechts für konkrete Probleme pragmatische Lösungen anzubieten. Sie sehen in denselben Institutionen praktikable Antworten auf immaterialgüterrechtliche Sonderfragen.

In der Folge setzte sich *Koziol* mit dem deutschen Diskurs über Gewinnhaftung und doppelten Schadenersatz (in Form des GEMA-Zuschlags) auseinander²⁰ und relativierte seine Kritik. Selbst dem pauschalen Schadenersatz, den er einst so vehement ablehnte, gesteht er nun eine gewisse Berechtigung zu. An seinem Grundanliegen, Wertungswidersprüche im Schadenersatzrecht zu vermeiden und ein kohärentes Gesamtsystem zu verwirklichen, hält er aber weiterhin fest. Seine jüngeren Arbeiten unterscheiden sich von seinen früheren Schriften meines Erachtens insofern, als *Koziol* – beeinflusst vom einschlägigen deutschen Diskurs – es mittlerweile eher für möglich hält, die Sonderregelungen mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht in Einklang zu bringen.²¹

Die vorliegende Arbeit knüpft an den bisherigen Diskurs zwischen Immaterialgüterrecht und Zivilrecht an und entwickelt eine Synthese zwischen dem immaterialgüterrechtlichen Fokus auf (scheinbar?) spezifische Bedürfnisse und dem zivilrechtlichen Streben nach Systemkohärenz. Sie basiert auf der Annahme, wonach eine Sonderregelung auf ein verallgemeinerungsfähiges Regelungsbedürfnis zurückgehen kann, welches aber im jeweiligen Sonderbereich mit besonderer Deutlichkeit zu Tage tritt. In diesem Fall kann die Sonderregel eine Anregung sein, für dieses allgemeine Problem eine universelle Regelung zu formulieren. Damit regen Sonderprivatrecht und allgemeines Zivilrecht wechselseitig ihre Weiterentwicklung und/oder Korrektur an. Sonderprivatrecht wird dabei nicht länger als Bedrohung, sondern als Chance für die Fortbildung eines kohärenten Gesamtsystems gesehen, weil es die Augen für Probleme öffnen kann, die sich auch im allgemeinen Zivilrecht stellen, dort aber leichter übersehen werden. Diese Annahmen müssen freilich nicht für alle Sonderprivatrechtsbereiche beziehungsweise alle Sonderregelungen zutreffen. Die Arbeit wird aber zeigen, dass diese Herangehensweise jedenfalls für die immaterialgüterrechtlichen Regelungen sehr fruchtbringend ist.

20 Vgl die zahlreichen Verweise auf deutsche Literatur bei *Koziol*, Grundfragen Rz 2/55 ff und 2/36 ff, sowie bei *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (180 ff).

21 Ausdrücklich *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (200); vgl auch *Koziol*, Grundfragen Rz 2/56.

B. Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht

Kommen wir nun zum rechtsdogmatischen Ausgangspunkt der vorliegenden Schrift. Immaterialgüterrechte sind absolute Herrschaftsrechte an unkörperlichen Gütern, die als solche vor Eingriffen Dritter geschützt werden.²² Da § 285 ABGB auch die unkörperlichen Güter zu den Sachen rechnet, kann das Immaterialgüterrecht sogar als Eigentumsrecht im weiteren Sinn verstanden werden.²³ Der Berechtigte hat nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen bei Eingriffen in seine geschützte Position Abwehrrechte (Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche) sowie Verwendungs- (§ 1041 ABGB) und Schadenersatzansprüche (§§ 1293 ff ABGB).²⁴ Die hier untersuchten immaterialgüterrechtlichen Gesetze – das UrhG, PatG und MSchG – verweisen diesbezüglich aber nicht auf die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen, sondern enthalten eigene Bestimmungen. Die Vorschriften für Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche finden sich in §§ 86 ff UrhG, §§ 150 ff PatG und §§ 53 f MSchG. § 34 MuSchG und § 41 GMG verweisen auf die einschlägigen Bestimmungen des PatG. Das Wettbewerbsrecht enthält teilweise ähnliche Regelungen in §§ 9 und 16 ff UWG und häufig verläuft die Interpretation zwischen wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen parallel. Diese Arbeit untersucht die einschlägigen immaterialgüterrechtlichen Vorschriften und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht in sechs Kapiteln:

1. *Kapitel:* § 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG gewähren dem Verletzten für einen rechtswidrigen Eingriff in sein Immaterialgüterrecht einen Anspruch auf angemessenes Entgelt. Dabei handelt es sich um eine besondere Form des Verwendungsanspruchs im Sinne des § 1041 ABGB und somit um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch, der kein Verschulden voraussetzt. Der Anspruch auf angemessenes Entgelt vergütet die Bereicherung, die der Verletzer durch die Ersparnis der für eine

22 § 14 Abs 1, 19 UrhG; § 22 PatG; § 10 MSchG; § 4 MuSchG; § 4 GMG; *Anderl* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 14 Rz 3, 14; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 236, 241, 243, 244; *F. Bydlinski*, System 256 f.

23 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 247; *Helmich* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON¹⁻⁰³ § 285 Rz 1; *Hofmann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB II⁴ § 285 Rz 1 Fußnote 2; *Koziol/Welser-Kletecka*, Bürgerliches Recht I⁴ Rz 303; *F. Bydlinski*, System 520, 526.

24 *Koziol/Welser-Kletecka*, Bürgerliches Recht I⁴ Rz 746.

rechtmäßige Nutzung zu zahlenden Nutzungsgebühren erlangt. Er richtet sich daher auf die üblicherweise zu entrichtende Lizenzgebühr.²⁵

Bei Verschulden des Verletzers hat der Verletzte zudem verschiedene Schadenersatzansprüche, die teilweise erheblich vom allgemeinen Zivilrecht abweichen. Sie sind Gegenstand der Folgekapitel:

2. *Kapitel:* Zunächst hat der Verletzte einen Anspruch auf den tatsächlichen Vermögensschaden. Dieser unterscheidet sich vom allgemeinen Zivilrecht dadurch, dass er – anders als §§ 1323, 1324 ABGB – schon bei leichter Fahrlässigkeit einen Ersatz für entgangenen Gewinn umfasst.²⁶ Anstelle dieses Anspruchs auf den tatsächlichen Vermögensschaden kann der Verletzte einen pauschalen Schadenersatzanspruch geltend machen.²⁷ Der Pauschalanspruch richtet sich auf das Doppelte des angemessenen Entgelts, das mit einem bereicherungsrechtlichen Anspruch gefordert werden kann und ist von großer praktischer Bedeutung. Gleichzeitig handelt es sich um den umstrittensten Anspruch des immaterialgüterrechtlichen Schadenersatzes, gebührt doch der Pauschalersatz dem Verletzten unabhängig vom Nachweis eines Schadens.²⁸

25 *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 86 Rz 1; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 2; *Walter*, MR 1995, 2 (3); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (41); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 5 ff; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ Rz 95 f; *Schönherr/Kucsko*, GRUN 1980, 282 (283 f); *Wolfer/Hofmarcher*, Glosse zu OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – ÖBl 2014/32, 146; *Torggler*, JBl 1971, 1 (6); *Kucsko*, Geistiges Eigentum 956; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 241; *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (198); aus der Rechtsprechung zum Urheberrecht: OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*); OGH 31.8.2010, 4 Ob 126/10y, MR 2011, 142; zum Patentrecht: OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307; OGH 7.8.2007, 4 Ob 133/07y – Kaffeemaschinen – ÖBl 2008/5; zum Markenrecht: OGH 16.10.2001, 4 Ob 243/01s – Sissy Weisswein – ÖBl 2002/49; OGH 8.6.2004, 4 Ob 119/04k – Sacher Kaffee – RdW 2005/34, 26 spricht fälschlich von Schadenersatz; OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05f, wbl 2005/307.

26 § 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit a PatG, § 53 Abs 2 Z 1 MSchG.

27 § 87 Abs 3 UrhG, § 150 Abs 3 PatG, § 53 Abs 3 MSchG.

28 Lange Zeit war strittig, ob der Nachweis nur für die Höhe des Schadens oder für den Eintritt eines Schadens schlechthin entfällt. Seit OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*) verlangt die Rechtsprechung nicht einmal mehr den Nachweis eines Grundschadens. Dies entspricht auch der überwiegenden Ansicht im Schrifttum, vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237; *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (57); *Mahr*, MR 1994, 183 (184, 188); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Walter* in seiner Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 30; unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut aa *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58).

Damit steht er – jedenfalls dem ersten Anschein nach – in diametralem Gegensatz zur Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts.²⁹

3. *Kapitel:* Alternativ zum Anspruch auf den konkreten Vermögensschaden und zum Pauschalersatz hat der Verletzte einen Anspruch auf Herausgabe des vom Verletzer erzielten Gewinns.³⁰ Dieser Anspruch zielt einerseits auf den Ausgleich eines Vermögenszuwachses beim Verletzer ab und ist insofern bereicherungsrechtlicher Natur. Andererseits legen das Verschuldenserfordernis und die systematische Stellung des Anspruchs eine schadenersatzrechtliche Natur nahe. Die Gewinnherausgabe ist somit Herausforderung und Chance für die Regelung des Bereichs zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht. Wiederum kann das allgemeine Zivilrecht aus diesem hybriden Anspruch lernen – gerade wegen seiner (scheinbaren?) Systemwidrigkeit.

4. *Kapitel:* Schließlich kann der in seinem Immaterialgüterrecht Verletzte unter bestimmten Voraussetzungen eine Entschädigung für immaterielle Schäden fordern, und zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit.³¹ Im Vergleich zur herrschenden Behandlung ideeller Schäden im allgemeinen Zivilrecht gehen die immaterialgüterrechtlichen Regelungen äußerst weit. Sie liefern damit einen wertvollen Beitrag zum Diskurs über die allgemeine Behandlung von ideellen Schäden.

5. *Kapitel:* Des Weiteren enthalten das UrhG, PatG und MSchG Sondervorschriften über die Haftung des Unternehmers.³² Danach haftet ein Unternehmensinhaber unter anderem für Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche, wenn die jeweilige Immaterialgüterrechtsverletzung von einem Bediensteten oder Beauftragten im Betrieb seines Unternehmens begangen wurde. Diese Haftung steht im Einklang mit allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen und konkretisiert diese lediglich.

6. *Kapitel:* Allgemein bestimmen § 89 UrhG, § 153 PatG und § 53 Abs 5 MSchG, dass wenn mehrere Personen das Immaterialgüterrecht verlet-

29 Koziol, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 1/13f; F. Bydlinki, *System* 187f; Koziol in ÖSGRUM 19, 51 (52).

30 § 87 Abs 4 UrhG, 150 Abs 2 lit b PatG, 53 Abs 2 Z 2 MSchG.

31 § 87 Abs 2 UrhG, § 150 Abs 4 PatG, § 53 Abs 4 MSchG.

32 § 88 UrhG, § 152 PatG und § 54 MSchG.

zen, diese für die daraus entstandenen Zahlungsansprüche solidarisch haften. Das sechste Kapitel beschäftigt sich in diesem Zusammenhang mit der Haftung von Gehilfen und Anstiftern. Wiederum konkretisieren die einschlägigen Bestimmungen allgemeine zivilrechtliche Regelungen und knüpfen an diese an.

Das Gesamtresümee fasst abschließend zusammen, wie die bereicherungs- und schadenersatzrechtlichen Vorschriften des Immaterialgüterrechts den Diskurs und die Fortentwicklung des allgemeinen Zivilrechts anregen.

□

I. Anspruch auf angemessenes Entgelt

A. Allgemeines

Wenn jemand ein urheberrechtlich geschütztes Werk, ein Patent oder eine Marke unbefugt benutzt, gewähren § 86 Abs 1 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG dem Verletzten einen Anspruch auf ein angemessenes Benützungsentgelt. § 34 MuSchG, § 41 GMG und § 9 Abs 4 UWG begründen durch Verweis auf § 150 Abs 1 PatG denselben Anspruch. Der Sache nach handelt es sich um einen Verwendungsanspruch im Sinne des § 1041 ABGB. Er vergütet jene Bereicherung, die der Verletzer dadurch erlangt, dass er für die rechtswidrige Nutzung keine Nutzungsgebühr entrichtet. Seiner bereicherungsrechtlichen Natur entsprechend setzt der Anspruch weder einen Schaden des Verletzten noch ein Verschulden des Verletzers voraus.³³ Die einschlägigen Rechtsvorschriften lauten folgendermaßen:

§ 86 UrhG. (1) Wer unbefugt

1. ein Werk der Literatur oder Kunst auf eine nach den §§ 14 bis 18a dem Urheber vorbehaltene Verwertungsart benutzt,
2. eine Darbietung auf eine nach dem § 68 dem ausübenden Künstler vorbehaltene Verwertungsart benutzt,
3. eine Darbietung auf eine nach dem § 72 dem Veranstalter vorbehaltene Verwertungsart benutzt,

33 *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG*² § 86 Rz 1; *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 86 Rz 2; *Walter*, MR 1995, 2 (3); *Mahr* in *ÖSGRUM* 19, 33 (41); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 5 ff; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ Rz 95f; *Schönherr/Kucsko*, GRUR 1980, 282 (283f); *Woller/Hofmarcher*, Glosse zu OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – ÖBl 2014/32, 146; *Torggler*, JBl 1971, 1 (6); *Kucsko*, Geistiges Eigentum 956; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 241; *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (198); aus der Rechtsprechung zum Urheberrecht: OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*); OGH 31.8.2010, 4 Ob 126/10y, MR 2011, 142; zum Patentrecht: OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307; OGH 7.8.2007, 4 Ob 133/07y – Kaffeemaschinen – ÖBl 2008/5; zum Markenrecht: OGH 16.10.2001, 4 Ob 243/01s – Sissy Weisswein – ÖBl 2002/49; OGH 8.6.2004, 4 Ob 119/04k – Sacher Kaffee – RdW 2005/34, 26 spricht fälschlich von Schadenersatz; OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05f, wbl 2005/307.

4. ein Lichtbild oder einen Schallträger auf eine nach den §§ 74 oder 76 dem Hersteller vorbehaltene Verwertungsart benutzt,
5. eine Rundfunksendung auf eine nach § 76a dem Rundfunkunternehmer vorbehaltene Verwertungsart benutzt oder
6. eine Datenbank auf eine nach § 76d dem Hersteller vorbehaltene Verwertungsart benutzt,

hat, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, dem Verletzten, dessen Einwilligung einzuholen gewesen wäre, ein angemessenes Entgelt zu zahlen.

(2) Auf ein solches Entgelt besteht aber kein Anspruch, wenn eine Rundfunksendung, eine öffentliche Wiedergabe oder eine öffentliche Zurverfügungstellung nur deshalb unzulässig gewesen ist, weil sie mit Hilfe von Bild- oder Schallträgern oder Rundfunksendungen vorgenommen worden ist, die nach dem § 50 Abs. 2, § 53 Abs. 2, § 56 Abs. 3, § 56b Abs. 2, § 56c Abs. 3 Z 2, § 56d Abs. 1 Z 2, §§ 68, 72, 74, 76 oder 76a Abs. 2 und 3 dazu nicht verwendet werden durften, und wenn diese Eigenschaft der Bild- oder Schallträger oder Rundfunksendungen ihrem Benutzer ohne sein Verschulden unbekannt gewesen ist.

(3) Wer einen Pressebericht dem § 79 zuwider benutzt, hat, auch wenn ihn kein Verschulden trifft, dem Nachrichtensammler ein angemessenes Entgelt zu bezahlen.

§ 150 PatG. (1) Der durch unbefugte Verwendung eines Patentbesitzers Verletzte hat gegen den Verletzer Anspruch auf ein angemessenes Entgelt. [...]

§ 53 MSchG. (1) Der durch unbefugte Benutzung einer Marke Verletzte hat gegen den Verletzer Anspruch auf ein angemessenes Entgelt. [...]

§ 34 MuSchG. Wer in seinem Musterrecht verletzt worden ist, hat Anspruch auf [...] angemessenes Entgelt, Schadenersatz, [...] Die §§ 147 bis 154 des Patentgesetzes 1970 gelten sinngemäß.

§ 41 GMG. Wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden ist, hat Anspruch auf [...] angemessenes Entgelt, Schadenersatz, [...] Die §§ 147 bis 157 des Patentgesetzes 1970 sind sinngemäß anzuwenden.

§ 9 UWG. [...] (4) Ergänzend zu den nach diesem Bundesgesetz aus Verletzungen von Kennzeichenrechten nach den Abs. 1 und 3 erwachsenden Ansprüchen gelten § 150 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b (angemessenes Entgelt und Herausgabe des Gewinns) [...] des Patentgesetzes 1970, BGBl. Nr. 259, in der jeweils geltenden Fassung, sinngemäß. [...]

Der Anspruch auf angemessenes Entgelt hat große praktische Bedeutung, weil die rechtswidrige Benutzung von Immaterialgüterrechten häufig keinen (nachweisbaren) Schaden im Sinne der Differenzrechnung auslöst und der Verletzte daher – zumindest nach allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen – keine Schadenersatzansprüche geltend machen kann. Die im Folgenden dargestellte Wurzelendreduzierer-

Entscheidung³⁴, die eine zugunsten der Klägerin patentierte Maschine betrifft, ist dafür ein Paradebeispiel.

Die Beklagte erwarb ein rechtswidrig nachgebautes Gerät, verwendete es in ihrem Betrieb und griff damit in das Patentrecht der Klägerin ein. Die Klägerin erlitt dadurch keinen Nachteil, außer dass sie für die Benutzung des Patents keine Lizenzgebühr erhielt. Dieselbe Situation ist typisch für Urheber- und Markenrechtsverletzungen, etwa wenn ohne Zustimmung des Fotografen dessen Fotos für ein Inserat oder wenn eine fremde Marke unbefugter Weise für die eigenen Produkte des Verletzers verwendet wird. Häufig wird dem Fotografen beziehungsweise dem Markeninhaber daraus bis auf den Umstand, dass sie für die Verwendung ihrer Fotos/ihrer Marke eine Benützungsg Gebühr verlangt hätten, kein (nachweisbarer) Nachteil entstehen.

Bei der nicht bezahlten Benützungsg Gebühr handelt es sich zwar aus wirtschaftlicher Sicht um einen Vermögensnachteil, aus juristischer Sicht aber weder um einen positiven Schaden noch um einen entgangenen Gewinn.³⁵ Wie der OGH in der unten erörterten Fußballwerbung-Entscheidung³⁶ ausführlich darlegt, verlangt nämlich die Differenzrechnung für die Schadensfeststellung einen Vergleich zwischen dem tatsächlichen Vermögen und jenem hypothetischen Vermögen, das bestünde, wäre das schädigende Ereignis nicht eingetreten.³⁷ Wird aber – dem folgend – die Verwendung der Maschine, der Fotos oder der Marke hinweggedacht, so bleibt das Vermögen der Patentinhaberin, des Fotografen und des Markeninhabers im Regelfall unverändert, ganz unabhängig davon, ob subjektiv-konkret oder objektiv-abstrakt zu rechnen ist. Erst wenn eine rechtmäßige Benützung samt Bezahlung eines Benützungsentgelts hinzugedacht würde, ergäbe die Gegenüberstellung mit dem tatsächlichen Vermögen des Verletzten ein Minus. Soweit es nicht um Unterlassungsdelikte geht, funktioniert die Differenzrechnung aber nicht durch Hinzudenken eines rechtmäßigen, sondern durch Wegdenken eines rechtswidrigen Verhaltens.³⁸ Daher erlaubt diese Methode nicht, auf das bei rechtmäßiger Verwendung samt Entrichtung einer Benützungsg Gebühr

34 OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307.

35 *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 102, spricht von einem nur »scheinbaren« Schaden.

36 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.

37 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/19; *Koziol*, Grundfragen Rz 5/34; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1435, 1455; *Kodek* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1293 Rz 21; OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40.

38 Vgl. dazu *Koziol*, Grundfragen 5/65.

gegebene Vermögen abzustellen.³⁹ Die entgangene Benützungsgebühr ist daher nicht als Schaden des Verletzten, sondern als ungerechtfertigte Ersparnisbereicherung des Verletzers zu qualifizieren.

Dieses Ergebnis stimmt nicht nur formal mit der Differenzrechnung überein, sondern überzeugt auch inhaltlich. Qualifizierte man die nicht bezahlte Benützungsgebühr nämlich als einen Schaden, so würde die allgemeine Regel gelten, wonach grundsätzlich jeder selbst seinen Schaden tragen muss (*casum sentit dominus*) und nur bei Vorliegen bestimmter Zurechnungsgründe ein anderer zum Ersatz verpflichtet werden kann. Insbesondere wäre ein Verschulden des Verletzers notwendig. Das Ausscheiden jeglichen Ersatzanspruchs wäre aber nicht sachgemäß, weil sich der Verletzer durch die rechtswidrige Verwendung eines fremden Immaterialgüterrechts immerhin einen Aufwand erspart hat. Eine solche Ersparnis soll unabhängig von weiteren Zurechnungskriterien abgeschöpft werden. Schließlich nimmt man dem Verletzer damit nur ein in seinem Vermögen ungerechtfertigt eingetretenes Plus, und läßt ihn – anders als im Schadenersatzrecht – nicht etwa für einen eingetretenen Nachteil haften. Daher gewähren § 86 Abs 1 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG dem Verletzten einen Anspruch, der ihm diese Ersparnis des Verletzers unabhängig von dessen Verschulden vergütet. Die nachstehenden Fallbeispiele veranschaulichen diese Funktion sowie Rechtsnatur und Bedeutung dieses Bereicherungsanspruchs.

B. Fallbeispiele

1. Wurzelendreduzierer⁴⁰

Die Wurzelendreduzierer-Entscheidung betraf eine patentierte Holzbearbeitungsmaschine, die als Wurzelendreduzierer bezeichnet wird. Die Patentinhaberin erzeugte und verkaufte diese Maschinen selbst. Eine Sägewerksbetreiberin erwarb bei einem Dritten einen unrechtmäßig

39 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97 (97); *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 31 f; *Walter*, MR 1995, 2 (3); OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); ähnlich zum Wettbewerbsrecht OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40; anders noch OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189, dazu *Torggler*, JBl 1971, 1 (2).

40 OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307, Sachverhalt vereinfacht.

nachgebauten Wurzelendreduzierer und verwendete ihn in ihrem Betrieb, ohne von der Patentrechtsverletzung zu wissen. Das Sägewerk erlitt in der Folge Verluste und wurde stillgelegt und verkauft, wobei für den Wurzelendreduzierer ein Teilbetrag von 350.000 Schilling ausgewiesen wurde.

Die Patentinhaberin beehrte von der ehemaligen Sägewerksbetreiberin gemäß § 150 Abs 1 PatG die Bezahlung einer angemessenen Lizenzgebühr und brachte vor, die Sägewerksbetreiberin habe gemäß § 22 Abs 1 PatG durch Gebrauch und Weiterverkauf ihr Patentrecht verletzt. Die Beklagte wendete sich nur der Höhe nach gegen den Anspruch und argumentierte, sie habe durch den Gebrauch des Wurzelendreduzierers keinen Vorteil erlangt und mit dem Sägewerk nach Erwerb der Maschine keine Gewinne gemacht.

Der OGH qualifizierte den eingeklagten Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 150 Abs 1 PatG als einen auf § 1041 ABGB basierenden Verwendungsanspruch, der den mit dem Gebrauch der Maschine einhergehenden Patentrechtseingriff vergüten solle. Diese Vergütung bestehe nicht in einem Benützungsentgelt für die Maschine selbst, sondern in einer angemessenen Lizenzgebühr. Bei der Bemessung dieser Gebühr seien die Grundsätze für die Ermittlung einer angemessenen vertraglichen Lizenzgebühr heranzuziehen und die allgemeine wirtschaftliche Bedeutung des Patents zu berücksichtigen. Auf die Frage, ob der Verletzer mit Verlust oder Gewinn gearbeitet hat, komme es hingegen nicht an. Weil die für die Anspruchsbemessung erforderlichen Sachverhaltselemente noch nicht festgestellt waren, verwies der OGH die Sache an die erste Instanz zurück.

2. Fußballwerbung I⁴¹

Die Fußballwerbung I-Entscheidung beschäftigt sich mit einem Anspruch nach § 86 UrhG. Anders als das PatG und das MSchG, die für sämtliche rechtswidrigen Verwendungs- und Benützungshandlungen einen Anspruch auf angemessenes Entgelt gewähren, zählt § 86 UrhG die Verwertungsrechte, deren Verletzung einen solchen Anspruch begründet, abschließend auf. Hinsichtlich der nicht genannten Rechte stellt sich die Frage, ob § 86 UrhG analog oder § 1041 ABGB anwendbar

41 OGH 16. 2. 1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.

ist. Dies war das zentrale Thema dieser Entscheidung, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der Inhaber eines Sportgeschäftes veröffentlichte einen Werbekatalog für Fußballartikel und ließ darin ein Foto eines bekannten Berufsfußballers abdrucken. Das Foto hatte er samt Veröffentlichungsrecht vom Fotografen (§ 74 UrhG) erworben. Die Zustimmung des abgebildeten Berufsfußballers hatte er allerdings nicht eingeholt. Der Fußballer klagte daher wegen Verletzung seines Bildnisschutzes nach § 78 UrhG und brachte vor, dass er sein Einkommen auch daraus erziele, sich gegen angemessenes Entgelt für Werbefotos zur Verfügung zu stellen. Wegen seines hohen Bekanntheitsgrades seien 50.000 Schilling plus 6.000 Schilling Umsatzsteuer angemessen. Diesen Betrag forderte er vom Sportgeschäftsinhaber als Schadensersatz.

Der OGH prüfte bereicherungs- und schadenersatzrechtliche Anspruchsgrundlagen sowohl nach UrhG als auch nach ABGB.

Zum Bereicherungsrecht führte der Gerichtshof aus, dass dem Fußballer kein Anspruch nach § 86 UrhG zustehe. § 86 UrhG verpflichte in Abs 1 Z 4 nur denjenigen zur Zahlung eines angemessenen Entgelts, der unbefugt ein Lichtbild auf eine nach § 74 UrhG dem Lichtbilderhersteller vorbehaltene Verwertungsart benütze. Die Vorschrift gewähre aber keinen Anspruch für eine Verletzung des Bildnisschutzes nach § 78 UrhG, da § 86 UrhG nur bei Verletzung der abschließend aufgezählten Verwertungsrechte zur Anwendung komme. Der Fußballer habe nur einen Anspruch auf Unterlassung (§ 81 UrhG), Beseitigung (§ 82 UrhG), Urteilsveröffentlichung (§ 85 UrhG) und – bei Verschulden und Vorliegen eines Schadens – auf Schadensersatz (§ 87 Abs 1 UrhG).

Schadenersatz, nicht Bereicherung, war auch die Grundlage, auf die sich der Fußballer selbst stützte. Er trug vor, ihm sei ein Vermögensschaden in Form eines entgangenen Gewinns entstanden. Dieser bestehe in jenem Entgelt, das der Sportgeschäftsinhaber für die Veröffentlichung seines Bildes hätte zahlen müssen. Der OGH verwarf dieses Argument jedoch, da entgangenes Entgelt nicht als entgangener Gewinn im Sinne des Schadensersatzrechts qualifiziert werden könne. Zur Bestimmung eines Schadens sei nach der Differenzrechnung durch Hinwegdenken des schädigenden Ereignisses der hypothetische heutige Vermögensstand festzustellen und von diesem sodann der tatsächliche heutige Vermögensstand abzuziehen. Im vorliegenden Fall müsse man hinsichtlich des hypothetischen Vermögensstandes fragen, wie das Vermögen des Fußballers stünde, wenn der Sportgeschäftsinhaber

sein Bild nicht veröffentlicht hätte. Wie der Fußballer hingegen stünde, wenn der Sportgeschäftsinhaber seine Erlaubnis eingeholt und ihm ein Nutzungsentgelt bezahlt hätte, sei für die Schadensberechnung irrelevant. Das so berechnete hypothetische Vermögen unterscheide sich aber nicht vom heutigen tatsächlichen Vermögen. Die Gegenüberstellung ergebe keine Differenz und somit auch keinen Schaden. Aus Sicht des OGH ergab sich somit weder nach § 87 Abs 1 UrhG noch nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Bestimmungen ein Anspruch.

Damit bleibt als mögliche Rechtsgrundlage des geltend gemachten Anspruchs nur noch das allgemeine Bereicherungsrecht. Allerdings lehnt der OGH die Anwendung des § 1041 ABGB für die von § 86 UrhG nicht erfassten Urheberrechtsverletzungen ab. Denn § 86 UrhG regelt Bereicherungsansprüche für die vom UrhG erfassten Rechte abschließend. Dennoch sieht der OGH einen Anspruch nach § 1041 ABGB als gegeben an, da ein weiteres Rechtsgut verletzt worden sei, welches vom UrhG gar nicht erfasst und daher durch § 1041 ABGB unabhängig vom UrhG geschützt werde: der Bekanntheitsgrad des Fußballers. Die Ausnutzung eines Bekanntheitsgrades könne daher einen Verwendungsanspruch nach dieser Vorschrift begründen.

Auch § 1041 ABGB gewähre dem Verletzten bei Gebrauch seines Rechtsguts ein entsprechendes Benutzungsentgelt. Anders als nach § 86 UrhG könne der redliche Benützer aber einwenden, sein tatsächlicher Vorteil sei geringer gewesen als das angemessene Benutzungsentgelt. Beispielsweise könne der Inhaber des Sportgeschäfts vorbringen, dass es ihm nur darum gegangen sei, irgendeinen Sportler in Aktion abzubilden. Nicht berufen könne er sich hingegen auf das Ausbleiben eines erwarteten Werbeerfolgs, weil es nach § 1041 ABGB allein auf den Wert des verwendeten Rechtsgutes zur Zeit der Verwendung ankomme. Außer Betracht zu bleiben habe eine mögliche Vereitelung des erwarteten Nutzens in der Folgezeit. Zur Feststellung der für einen Anspruch nach § 1041 ABGB erforderlichen Sachverhaltselemente wies der OGH die Rechtssache an das Gericht Erster Instanz zurück.

C. Problemfelder

1. Rechtsnatur des Anspruchs

Wie beide Fallbeispiele zeigen, handelt es sich beim Anspruch auf ein angemessenes Entgelt im Sinne der § 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und

§ 53 Abs 1 MSchG um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch, konkret um einen Verwendungsanspruch im Sinne des § 1041 ABGB. Darüber besteht in Rechtsprechung und Literatur heute Einigkeit.⁴² Ein Verwendungsanspruch soll vom Bereicherten einen Vorteil abschöpfen, der daraus entstanden ist, dass dieser ein Rechtsgut des Anspruchsberechtigten – entgegen der von der Rechtsordnung vorgenommenen Zuordnung – zu seinen Gunsten verwendet hat. Es geht hingegen nicht darum, einen beim Beeinträchtigten entstandenen Schaden auf jemand anderen zu überwälzen. Daher setzt der Verwendungsanspruch weder einen Schaden des Anspruchsberechtigten noch ein Verschulden des Bereicherten voraus. Erforderlich ist vielmehr, dass jemand aus der Sache einen Vorteil gezogen hat, den die Rechtsordnung nicht ihm, sondern dem Berechtigten zuweist. Diese zuweisungswidrige Nutzung und Vorteilsgewinnung soll durch den Verwendungsanspruch vergütet werden.⁴³ Als Sonderform des Verwendungsanspruchs besteht auch der immaterialgüterrechtliche Anspruch auf angemessenes Entgelt unabhängig davon, ob dem Verletzten ein Schaden entstanden ist und ob der Verletzer schuldhaft gehandelt hat. Daraus gewinnt der Anspruch seine große praktische Bedeutung.

Die Formulierung der § 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG orientiert sich an § 1431 ABGB, wonach der Empfänger einer in einer Handlung bestehenden Leistung, auf die er kein Recht hat, dem Leistenden einen dem verschafften Nutzen angemessenen Lohn zahlen muss.⁴⁴ Ziel des § 1431 ist es, die Ersparnis eigener Aufwendungen für

42 *Guggenbichler* in *Kucsco/Handig*, urheber.recht² § 86 Rz 2; *Dillenz/Gutman*, *UrhG* & *VerwGesG*² § 86 Rz 1, 5; *Apathy* in *FS Griss 1* (2 f); *Guggenbichler* in *Kucsco/Schumacher*, *marken.schutz* § 53 Rz 5 f; *Schönherr/Kucsco*, *GRUR* 1980, 282 (283); *Walter*, *MR* 1995, 2 (3); *Walter* in seiner Glosse zu *OGH 20.1.2014*, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – *MR* 2014, 153; *Mahr* in *ÖSGRUM* 19, 33 (41); *Torggler*, *JBl* 1971, 1 (6); *Woller/Hofmarcher*, *ÖBl* 2014, 146; *Schmid* in *Wiebe/Kodek*, *UWG*² § 9 Rz 219; *Schönherr*, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz* 561; *OGH* 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – *MR* 2010, 30 (*Walter*); *OGH* 31.8.2010, 4 Ob 126/10y, *MR* 2011, 142; *OGH* 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – *MR* 2014, 153 (*Walter*); *OGH* 30.11.2006, 3 Ob 222/06b – Manpower; *OGH* 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – *ÖBl* 1998, 307.

43 *Koziol*, *Grundfragen Rz* 2/25 ff; *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1041 Rz 1, 4; *Wilburg*, *Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* 20, 98 f, 106 ff; *Apathy*, *Verwendungsanspruch* 46; *Koziol/Welser*, *Bürgerliches Recht II*¹⁴ Rz 1725; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek IV*⁴ § 1041 Rz 1; *Lurger* in *Kletecka/Schauer ABGB-ON*¹⁻⁰⁴ § 1041 Rz 1; *OGH* 20.11.1999, 8 Ob 300/98w, *JBl* 1999, 736 (*Apathy*).

44 *Dillenz*, *Materialien zum UrhG* 174; *Dillenz/Gutman*, *UrhG* & *VerwGesG*² § 86 Rz 1; *Guggenbichler* in *Kucsco/Handig*, urheber.recht² § 86 Rz 2; *Apathy* in *FS Griss 3*;

eine andere Arbeitskraft auszugleichen.⁴⁵ Derselbe Grundgedanke prägt die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen über den Anspruch auf ein angemessenes Entgelt.⁴⁶ Sie richten sich darauf, eine Ersparnis derjenigen Aufwendungen auszugleichen, die der Verletzer hätte tätigen müssen, um das fremde Recht in befugter Weise zu nutzen. Dabei handelt es sich um jene Lizenzgebühr, die für eine Nutzungsbewilligung zu zahlen gewesen wäre.⁴⁷

Wie der OGH in der Fußballwerbung I-Entscheidung⁴⁸ ausdrücklich festhält, vergütet auch der immaterialgüterrechtliche Anspruch auf angemessenes Entgelt eine Ersparnisbereicherung des Verletzers und nicht etwa einen Schaden des Verletzten oder gar einen entgangenen Gewinn.⁴⁹ Durch Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr soll der Verletzte so gestellt werden, wie er stünde, wenn der Verletzer gesetzmäßig vorgegangen wäre und der Verletzer spiegelbildlich so wie ein rechtmäßig handelnder Lizenznehmer.⁵⁰ Dabei geht es ausschließlich um den Ausgleich des Eingriffs in Immaterialgüterrechte, nicht um den (damit einhergehenden) Gebrauch einer körperlichen Sache. In diesem Sinne argumentiert der OGH in der oben dargestellten Wurzelendreduzierer-Entscheidung,⁵¹ nicht der Gebrauch der Maschine sei nach § 150 PatG abzugelten, sondern der Eingriff in die dadurch verletzten Patentrechte.

Schönherr/Kucsko, GRURInt 1980, 282 (283); *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 9.

- 45 *Rummel* in *Rummel II/2b³* § 1431 Rz 9; *Lurger* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰⁴ § 1431 Rz 7; *Wilburg*, *Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* 135.
- 46 *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 9; *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG* § 86 Rz 1; OGH 14.2.1958, 3 Ob 577/57, SZ 31/23.
- 47 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 86 UrhG Rz 2; *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 5ff; *Apathy* in *FS Griss* 1 (6); *Schönherr/Kucsko*, GRURInt 1980, 282 (283); OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*); OGH 13.11.2001, 4 Ob 249/01y – Wirtschaftskurier – MR 2002, 101.
- 48 OGH 2.3.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.
- 49 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97 (97); *F. Bydliński*, *Schadensverursachung* 31f; *Walter*, MR 1995, 2 (3); OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); ebenso zum Wettbewerbsrecht OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40; anders noch OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189, dazu *Torggler*, JBl 1971, 1 (2).
- 50 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 86 UrhG Rz 2, 15; *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 14; *Wilburg*, *Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* 134f; OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153 (*Walter*); OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05f – BOSS-Zigaretten VI – wbl 2005/307.
- 51 OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307.

2. Anspruchshöhe

Wie der immaterialgüterrechtliche Anspruch auf angemessenes Entgelt gewährt auch § 1041 ABGB bei rechtsgrundloser Benützung eines Rechtsguts dem Rechteinhaber einen Anspruch auf ein angemessenes Benützungsentgelt. Der Bereicherungsschuldner muss jenen Betrag zahlen, den er auf dem Markt für den rechtmäßigen Gebrauch hätte aufwenden müssen und den er sich durch die rechtsgrundlose Benützung erspart hat.⁵² Bestehen unterschiedliche Marktpreise, so muss der unredliche Bereicherungsschuldner den Höchstpreis zahlen.⁵³ Für den Redlichen bildet hingegen das gewöhnliche Benützungsentgelt die Anspruchsobergrenze.⁵⁴ Der redliche Bereicherungsschuldner – und nur er – kann außerdem gemäß § 417 ABGB einwenden, sein subjektiver Nutzen sei geringer als das marktübliche Entgelt gewesen.⁵⁵ Die Vereitelung eines erhofften Gewinns in der Folgezeit bleibt aber – so die ausdrückliche Regelung des § 1041 ABGB – auch für den redlichen Bereicherungsschuldner irrelevant.

Diese beiden Faktoren – der den Bereicherungsanspruch bei Redlichkeit reduzierende subjektive Nutzen einerseits und der nicht zu berücksichtigende vereitelte Nutzen andererseits – sind anhand des Zeitmoments voneinander abzugrenzen. Anspruchsmindernd wirkt allein der im Zeitpunkt der Verwendung entstehende subjektive Nutzen, nicht hingegen ein für einen späteren Zeitpunkt erwarteter Nutzen, der sich schließlich als nicht realisierbar herausstellt. In der Fußballwerbung I-

-
- 52 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 34 f; *Apathy*, Verwendungsanspruch 117; *Rummel* in Rummel I³ § 1041 Rz 15; *F. Bydlinski*, JBl 1969, 252 (253); *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 101; *Lurger* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1041 Rz 26; OGH 2. 3. 1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; OGH 15. 1. 1992, 1 Ob 516/92, MietSgl 44.114; OGH 28. 2. 2003, 1 Ob 39/03x, RdW 2003, 496; OGH 25. 9. 1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250; OGH 28. 1. 1999, 6 Ob 280/98i, MietSgl 51.107.
- 53 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 29; *Apathy* in FS Griss 1 (5); *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1041 Rz 15; *Lurger* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1041 Rz 26; OGH 6. 9. 1983, 4 Ob 369/83 – Fußballwerbung II – ÖBl 1984, 141.
- 54 *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1041 Rz 15; OGH 25. 9. 1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250; 16. 10. 1982, 4 Ob 406/81, ÖBl 1983, 118.
- 55 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 29, 35; *Apathy* in FS Griss 5; *Rummel* in Rummel I³ § 1041 Rz 15; *Lurger* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1041 Rz 26; OGH 16. 2. 1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; OGH 25. 9. 1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250; OGH 28. 5. 2002, 4 Ob 114/02x, EvBl 180/2002; OGH 24. 5. 2000, 3 Ob 323/98s, MietSgl 52.117.

Entscheidung⁵⁶ beispielsweise gewährt der OGH dem Fußballer für die Verwendung seines Fotos in einem Werbekatalog wegen Ausnutzung seines Bekanntheitsgrades einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB. Aufgrund seines Bekanntheitsgrades wäre das üblicherweise zu zahlende Benützungsentgelt für die Fotos entsprechend hoch gewesen. Wenn es aber dem Inhaber gar nicht darauf ankam, einen berühmten Fußballer abzubilden, sondern er schlicht irgendeinen Fußballer in Aktion in den Werbeprospekt aufnehmen wollte, wäre sein subjektiver Nutzen schon im Zeitpunkt der Verwendung niedriger. Bei Redlichkeit des Geschäftsinhabers wäre der Anspruch des Fußballers daher zu reduzieren. Verwendete der Inhaber hingegen bewusst ein Foto eines prominenten Fußballers, um den Gewinn zu steigern, trat der erhoffte Gewinn aber in der Folge nicht ein, so mindert dies den Anspruch nicht. Ein anderes anschauliches Beispiel für einen zu berücksichtigenden niedrigeren subjektiven Nutzen ist jener Fall, in dem der Bereicherte Koks verheizt, dabei aber nicht mehr Nutzen als beim Verheizen von (billigerer) Kohle hat.⁵⁷

Anders als im allgemeinen Zivilrecht unterscheiden die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen nicht zwischen redlichen und unredlichen Verletzern, sondern gewähren den Anspruch auf angemessenes Entgelt immer unabhängig vom subjektiven Nutzen.⁵⁸ Selbst ein redlicher Benutzer kann sich daher nicht darauf berufen, dass sein subjektiver Nutzen schon im Zeitpunkt der Nutzung geringer war.

Diese Abweichung vom allgemeinen Bereicherungsrecht ist meines Erachtens nicht gerechtfertigt. Wer beweisen kann, redlich gehandelt und keinerlei subjektiven Nutzen aus der Verwendung gezogen zu haben (und die diesbezügliche Beweislast läge ohnehin beim Verletzer), sollte auch bereicherungsrechtlich nicht zur Zahlung einer Benützungsgebühr verpflichtet werden.

Davon zu unterscheiden ist das Problem, dass sich der erhoffte (potentiell erst später eintretende) Gewinn nicht realisiert. Dieser nicht realisierte Gewinn bleibt bei der Anspruchsbemessung jedenfalls außer Betracht, was im Immaterialgüterrecht genauso wie nach allgemeinen

56 OGH 2.3.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.

57 Zu diesem Beispiel vgl OGH 22.4.1925, 2 Ob 318/25, SZ 7/150 und *Apathy*, Verwendungsanspruch 98, 107 ff.

58 *Apathy* in FS Griss 5 f; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 15; *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (41); *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97 ff; OGH 2.3.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.

zivilrechtlichen Grundsätzen⁵⁹ gilt. Dies entspricht dem Ziel der immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen, den Verletzer mit dem rechtmäßigen Nutzer (der auch Benutzungsgebühren zahlt) gleichzustellen. Schließlich kann auch der rechtmäßige Nutzer bezahlte Lizenzgebühren in der Regel nicht zurückverlangen, falls sich sein erhoffter Gewinn nicht verwirklicht.⁶⁰

Einen über die Ersparnis des Benützungsentgelts hinausgehenden Vorteil, den der Bereicherungsschuldner aus der Verwendung des fremden Rechtsgutes gezogen hat, muss er nach der allgemeinen Regelung des § 1041 ABGB dann herausgeben, wenn er unredlich gehandelt hat.⁶¹ Die immaterialgüterrechtliche Dogmatik erfasst solche Vorteile mit dem verschuldensabhängigen Gewinnherausgabeanspruch,⁶² den sie systematisch im Schadenersatzrecht ansiedelt, der aber der Sache nach in einem Bereich zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht steht.⁶³

Die Höhe des zu vergütenden Benützungsentgelts bestimmt sich nach dem Preis, den der Bereicherungsschuldner üblicherweise für die rechtmäßige Nutzung hätte zahlen müssen. Abgestellt wird auf die für das jeweilige Recht marktübliche Lizenzgebühr.⁶⁴ Im Marken- und Patentrecht ist dabei der allgemeine wirtschaftliche Wert der Marke

59 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 175: »Auf ein angemessenes Entgelt soll der Verletzte Anspruch haben, gleichviel ob der Verletzer aus der Benutzung des Werkes einen Gewinn gezogen hat und ob sich dieser Gewinn noch in seinen Händen befindet.«

60 In diesem Sinne auch OGH 14.2.1958, 3 Ob 577/57, SZ 31/23; OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307; *Torggler*, JBl 1971, 1 (10).

61 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 29; *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1041 Rz 15; OGH 30.1.1996, 1 Ob 607/95, JBl 1996, 653; OGH 25.9.1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250; OGH 18.3.1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156; OGH 28.2.2003, 1 Ob 39/03x, RdW 2003, 496; *F. Bydlinski*, JBl 1969, 252 (253). Jedoch ist auch der Unredliche nicht dazu verpflichtet, all jene Vorteile, die sehr erheblich auf seine eigene Leistung zurückgehen, herauszugeben, vgl OGH 4.12.1968, 2 Ob 404/67, JBl 1969, 272.

62 § 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit b PatG, § 53 Abs 2 Z 2 MSchG.

63 Dazu unten, Kapitel III.

64 *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 561; *Apathy* in FS Griss 6; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 2, 15; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 86 Rz 15; *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG*² § 86 Rz 5; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 12; OGH 17.6.1986, 4 Ob 316/85 – Kabel-TV-Wien – MR 1986, H 5, 20; OGH 11.1.1983, 4 Ob 401/82 – AKM-Aufführungsentgelt – ÖBl 1983, 150; OGH 10.5.1994, 4 Ob 55/94 – *Cosy II* – MR 1995, 22 (*Walter*); OGH 13.11.2001, 4 Ob 249/01y – *Wirtschaftskurier* – MR 2002, 101; OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – *Firmenbuchdatenbank III* – MR 2014, 153 (*Walter*); OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – *Wurzelendreduzierer* – ÖBl 1998, 307.

beziehungsweise des Patents zu berücksichtigen.⁶⁵ Weitere wichtige Faktoren für die Bemessung des angemessenen Entgelts im Markenrecht sind der Bekanntheitsgrad und der Ruf der Marke, der Grad der Verwechslungsgefahr, die Intensität der Beeinträchtigung, die Bedeutung der Kennzeichnung für die Abnehmer, Dauer und Umfang der Benutzung sowie der Eintritt einer Marktverwirrung.⁶⁶ Die Berechnung im Rahmen des UrhG lehnt sich an die Grundsätze des Marken- und Patentrechts an.⁶⁷

Irrelevant ist für die Bemessung des angemessenen Entgelts, ob der Verletzte im konkreten Fall eine Erlaubnis erteilt hätte oder ob der Verletzer tatsächlich bereit gewesen wäre, den üblichen Marktpreis zu bezahlen.⁶⁸ Fehlt ein tatsächlicher Marktpreis, ist darauf abzustellen, welche Lizenzgebühr vernünftige Vertragsparteien bei Berücksichtigung aller objektiven lizenzrelevanten Umstände vereinbart hätten, welchen Preis also bei vertraglicher Einräumung ein vernünftiger Lizenzgeber gefordert und ein vernünftiger Lizenznehmer gezahlt hätte.⁶⁹

Der Kläger muss zur Höhe des angemessenen Entgelts konkrete Tatsachen vorbringen. Die pauschale Behauptung des Klägers, er erachte für die erfolgte Rechtsverletzung einen bestimmten Betrag als angemessen, genügt nicht.⁷⁰ Die Ermittlung der angemessenen Lizenzgebühr geschieht im Gerichtsverfahren regelmäßig durch Einholung von Sachverständigengutachten. Zur Vermeidung unüberwindlicher Beweisschwierigkeiten kann auch § 273 ZPO herangezogen werden.⁷¹

65 *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 12; OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307; OGH 16.10.2001, 4 Ob 243/01s – Sissy Weißwein – ÖBl 2002/49; OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05f – BOSS-Zigaretten VI – wbl 2005/307; OGH 30.11.2006, 3 Ob 222/06b – Manpower.

66 *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 12.

67 Ausdrücklich OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153 (*Walter*).

68 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 15; *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (201); OGH 29.9.1998, 4 Ob 242/98m – Exklusivfoto – MR 1999, 26 (*Walter*); OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153 (*Walter*).

69 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht § 86 Rz 15; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 13; OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153 (*Walter*); OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05f – BOSS-Zigaretten VI – wbl 2005/307; OGH 30.11.2006, 3 Ob 222/06b – Manpower.

70 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 22, 24; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 13; OGH 16.10.2001, 4 Ob 243/01s – Sissy Weißwein – ÖBl 2002/49.

71 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 24; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 15; OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmen-

3. Anspruchsberechtigte

Nach dem Wortlaut des § 86 UrhG ist das angemessene Entgelt »dem Verletzten, dessen Einwilligung einzuholen gewesen wäre«, zu zahlen. Ähnlich regeln § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG, dass der durch die unbefugte Verwendung Verletzte einen Anspruch auf angemessenes Entgelt hat. Diese Formulierung beschränkt die Aktivlegitimation nicht notwendigerweise auf Urheber oder Patentrechts- und Markenrechtsinhaber. Als Anspruchsberechtigte kommen auch Inhaber von Werknutzungsbewilligungen und Werknutzungsrechten (§ 24 UrhG) sowie Lizenznehmer (§ 14 MSchG, § 35 PatG) in Frage.

Zum Urheberrecht besteht diesbezüglich in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit: Hat der Urheber einem Dritten ein ausschließliches Werknutzungsrecht (§ 24 Abs 1 Satz 2 UrhG), also die Befugnis, das Werk allein nutzen zu dürfen, eingeräumt, dann hat nur dieser Werknutzungsrechte einen Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG.⁷² Erteilt der Urheber hingegen nur eine Werknutzungsbewilligung (§ 24 Abs 1 Satz 1 UrhG), bleibt ausschließlich er selbst befugt, den Anspruch auf angemessenes Entgelt geltend zu machen. Somit können Inhaber bloßer Werknutzungsbewilligungen Urheberrechtsverletzungen nicht im eigenen Namen verfolgen.⁷³ Diese Prinzipien entsprechen auch den Materialien.⁷⁴

Im Markenschutz- und Patentrecht wurde die Aktivlegitimation bei Verletzungen bisher vor allem im Hinblick auf Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche diskutiert. Abgestellt wird dabei auf die Frage, ob dem Lizenznehmer ein absolutes Recht zukommt.⁷⁵ Für Ansprüche auf angemessenes Entgelt ist diese Frage aber nur beschränkt aus-

buchdatenbank III – MR 2014, 153 (Walter); OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05 – BOSS Zigaretten VI – wbl 2005/307.

72 Guggenbichler in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86, Rz 13; Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG² § 86 Rz 6; Peter, Das Österreichische Urheberrecht § 26 Anmerkung 6, § 86 Anmerkung 10; OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlant – MR 1999, 171 (Walter); OGH 12.4.1983, 4 Ob 319/83 – Schlümpfe – ÖBl 1984, 26; OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94 – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87.

73 Guggenbichler in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86, Rz 13; Peter, Das Österreichische Urheberrecht § 24 Anmerkung 3; OGH 25.5.2004, 4 Ob 58/04i – Fragespiel als Datenbank – MR 2004, 331; OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94 – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87.

74 Dillenz, Materialien zum UrhG 176.

75 Kozioł, Haftpflichtrecht II² 246 ff; Nauta, ÖJZ 2003/22; Schanda, ÖBl 2001, 151; Hiti, ÖBl 2003/2; OGH 15.2.2000, 4 Ob 29/00v – BOSS-Brillen I – ÖBl 2000, 178; OGH 17.8.2000,

schlaggebend, weil es sich dabei um Verwendungsansprüche handelt, welche nicht nur bei Eingriffen in absolute Rechte bestehen. Es genügt vielmehr, wenn jemand ohne Rechtsgrund in eine rechtlich geschützte Vermögensposition eingreift.⁷⁶ Daher kann auch ein Forderungsinhaber nach § 1041 ABGB anspruchsberechtigt sein, etwa der Zessionar gegenüber dem Schuldner oder dem Zweitcessionar.⁷⁷ Es geht bei der Aktivlegitimation für einen Verwendungsanspruch nicht darum, ob das verwendete Gut an sich gegenüber Dritten Schutz genießt. Entscheidend ist vielmehr, ob die konkrete Nutzung dem Berechtigten vorbehalten ist und dieser die Möglichkeit gehabt hätte, dem Eingreifer den strittigen Eingriff entgeltlich zu gestatten.⁷⁸

Dasselbe gilt meines Erachtens für den immaterialgüterrechtlichen Anspruch auf angemessenes Entgelt. Auch hier ist es die wirtschaftliche Verwertbarkeit einer Rechtsposition, die in Form dieses Anspruchs gegen denjenigen fortwirkt, der ohne Einwilligung und ohne Bezahlung einer Nutzungsgebühr das Rechtsgut verwendet. Dem entsprechend lassen sich auch im Rahmen des MSchG und des PatG die Anspruchsberechtigten bestimmen. Ein Lizenznehmer ist demnach für einen Anspruch auf angemessenes Entgelt aktivlegitimiert, soweit er eine ausschließliche Lizenz hat, ganz unabhängig davon, ob diese Lizenz eine absolute Rechtsposition begründet. Denn nur bei einer ausschließlichen Lizenz hat der Rechteinhaber darauf verzichtet, jemand anderem eine weitere Nutzungsbewilligung zu erteilen. Allein in diesem Fall greift die unberechtigte Nutzung in die Vermögensposition des Lizenznehmers ein. Da es für den Verwendungsanspruch auf die Verwertbarkeit des verletzten Vermögensguts, also auf die Frage ankommt, ob der Bereicherungsgläubiger den strittigen Eingriff entgeltlich hätte gestatten können, ist außerdem maßgeblich, ob der Lizenznehmer zur Erteilung von Unterlizenzen berechtigt war. Diesen Grundsätzen entspricht die oben dargestellte Aktivlegitimation beim urheberrechtlichen Anspruch auf angemessenes Entgelt. Denn der Werknutzungsberechtigte (§ 24 Abs 1 Satz 2 UrhG) hat das ausschließliche Nutzungsrecht und

4 Ob 178/00f – BOSS-Brillen II – ÖBl 2001, 89; OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t – Brühl – ÖBl 2003/23; OGH 16.12.2003, 4 Ob 213/03g – Canon – ÖBl 2004/33.

76 *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 44f; *Koziol*, JBl 1978, 239 (240); *Apathy*, Verwendungsanspruch 69; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II⁴ Rz 1728.

77 *Apathy*, Verwendungsanspruch 47f, 66; *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 19; OGH 11.7.1985, 8 Ob 534/85, JBl 1986, 235 (*Czermak*).

78 *Apathy*, Verwendungsanspruch 68.

kann – wenn auch unter gewissen Einschränkungen – nach § 27 UrhG sein Nutzungsrecht übertragen. Eine rechtsgrundlose Verwertungshandlung greift daher in eine wirtschaftlich verwertbare Vermögensposition des Werknutzungsberechtigten ein.

4. Anwendungsbereich des § 86 UrhG und des § 1041 ABGB

a. Beschränkung des § 86 Abs 1 UrhG

Anders als seine Parallelbestimmungen in § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG, die allgemein die Benützung eines Patentes oder einer Marke voraussetzen, gewährt § 86 UrhG einen Anspruch auf angemessenes Entgelt nur für bestimmte, einzeln aufgezählte Verwertungsrechte. Keinen solchen Anspruch gewährt die Vorschrift etwa für Urheberpersönlichkeitsrechte (§§ 19 bis 21 UrhG),⁷⁹ den Bildnisschutz (§ 78 UrhG),⁸⁰ den Titelschutz (§ 80 UrhG)⁸¹ und die Herstellerbezeichnung (§ 74 Abs 3 UrhG).⁸² Rechtsprechung und Literatur verstehen die Aufzählung des § 86 UrhG abschließend; eine analoge Anwendung für die nicht erwähnten Rechte soll danach ausscheiden.⁸³ Die Verletzung der

79 Urheberpersönlichkeitsrechte dienen – im Unterschied zu den Verwertungsrechten – dem Schutz der geistigen Interessen des Urhebers an seinem Werk und damit dem Schutz des geistigen Bands, das den Urheber mit seinem Werk verbindet. In dieser geistigen Verbindung gründet das Interesse des Urhebers an dessen Erhaltung und Wiedergabe in unversehrter Gestalt (§ 21 UrhG) und an der Nennung seiner Urheberschaft (§ 20 UrhG); vgl. *Grubinger* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*² § 19 Rz 10; *Briem*, GRURInt 1999, 936 (936f); zum Ausschluss aus § 86 UrhG vgl. etwa OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – MittelschulAtlas – MR 1999, 171 (*Walter*).

80 Der Bildnisschutz des § 78 UrhG ist nur aufgrund seiner systematischen (beziehungsweise systemwidrigen) Stellung, nicht aber der Sache nach eine urheberrechtliche Norm; vielmehr handelt es sich um ein Persönlichkeitsrecht im Sinne des § 16 ABGB, vgl. *Rintelen*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* 203; *A. Kodek* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*² § 78 UrhG Rz 5; *Rehm*, JBl 1962, 1 (2); OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p – Werbespot – MR 2009, 358.

81 Nach § 80 Abs 1 UrhG darf im geschäftlichen Verkehr weder der Titel oder die sonstige Bezeichnung eines Werkes der Literatur oder Kunst noch die äußere Ausstattung von Werkstücken für ein anderes Werk auf eine Weise verwendet werden, die geeignet ist, Verwechslungen hervorzurufen.

82 § 86 Abs 1 Z 4 UrhG nennt nämlich nur die Verletzung von Verwertungsrechten des Lichtbildherstellers, vgl. dazu OGH 29.9.1998, 4 Ob 242/98m – Exklusivfoto – MR 1999, 26 (*Walter*); zur Herstellerbezeichnung, für die kein Anspruch nach § 86 UrhG besteht OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*).

83 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, *urheber.recht*² § 86 Rz 3; *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG*² § 86 Rz 2 und 4; *Peter*, *Das Österreichische Urheberrecht* § 86 Anmerkung 2;

nicht erfassten Rechte dürfe auch nicht in Form von Zuschlägen zu anderen Ansprüchen berücksichtigt werden.⁸⁴ Das UrhG gewähre dafür lediglich Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung und bei Verschulden auf Schadenersatz (§§ 81, 82, 84, 85 und 87 UrhG). Die Materialien zum UrhG halten dazu fest, dass ein angemessenes Entgelt »naturgemäß nicht in allen Fällen gefordert werden [kann], in denen ein auf das Urheberrechtsgesetz gegründetes Ausschließungsrecht verletzt worden ist, sondern nur dann, wenn es sich um einen Eingriff in ein Verwertungsrecht oder in ein daraus abgeleitetes ausschließliches Nutzungsrecht handelt. Die Eingriffstatbestände, an die [das Gesetz] den Anspruch auf ein angemessenes Entgelt knüpft, sind im ersten Absatz des § 86 erschöpfend aufgezählt.«⁸⁵

Gestützt auf diesen Hinweis der Materialien und auf die – in der Literatur vor allem von *Torggler*⁸⁶ formulierte – Überlegung, wonach das UrhG Vergütungsansprüche für die im UrhG geregelten Rechte abschließend regelt und weitergehende zivilrechtliche Ansprüche ausschließt, vertritt der OGH die Ansicht, für die nicht von § 86 UrhG erfassten Rechte, also den Bildnisschutz, die Urheberpersönlichkeitsrechte, den Titelschutz und die Bezeichnung des Lichtbildherstellers⁸⁷ kämen auch keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche des ABGB (insbesondere keine Verwendungsansprüche nach § 1041) in Betracht.⁸⁸ Wegweisend für diese Rechtsprechung war die oben dargestellte Fußballwerbung I-Entscheidung.⁸⁹ Zwar sprach der OGH dem in seinem Bildnisschutz Verletzten einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB zu, dies allerdings explizit nicht für die Verletzung des Bildnisschutzes, sondern für die mit der Bildnisveröffentlichung einhergehende Ausnutzung seines

grundlegend OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p – Werbespot – MR 2009, 358; *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht 244, Anmerkung 2; *Rintelen*, Urheber- und Urhebervertragsrecht 216; *Nowakowski* in seiner Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Kletecka*, *ecolex* 1991, 525 (526).

84 OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlant – MR 1999, 171 (*Walter*).

85 *Dillenz*, Materialien zum UrhG, 175.

86 *Torggler*, JBl 1971, 1 (5).

87 Vgl §§ 19 bis 21, 78, 80, 74 Abs 3 UrhG.

88 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786 (*Nowakowski*); OGH 23.10.1990, 4 Ob 147/90 – Jose Carreras – ÖBl 1991, 40; OGH 6.12.1994, 4 Ob 127/94 – Fußballer-Abziehbilder – MR 1995, 109; OGH 5.11.2002, 4 Ob 237/02k – Tablettenwerbung – MR 2003, 111.

89 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.

Bekanntheitsgrades. In der Entscheidung Werbespot⁹⁰ gewährte der OGH aus denselben Überlegungen einen Verwendungsanspruch für die Ausnutzung des geldwerten Aussehens eines Fotomodells. In beiden Entscheidungen lehnt das Gericht einen Verwendungsanspruch für die Verletzung des § 78 UrhG aufgrund der abschließenden Regelung im UrhG ausdrücklich ab. In einer weiteren Entscheidung⁹¹ argumentierte der Gerichtshof zudem, beim Recht am eigenen Bild handele es sich um keine »Sache« im Sinne des § 1041 ABGB.

Diese Rechtsprechung läuft darauf hinaus, dass die Verletzung des § 78 UrhG für sich keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch nach § 1041 ABGB auslöst. Dahinter steht wohl die Überlegung, beim Recht auf das eigene Bild handele es sich um ein Persönlichkeitsrecht, welches ideelle und nicht geldwerte Rechte schützen soll, während sich das Bereicherungsrecht nur auf ungerechtfertigte Eingriffe in wirtschaftlich verwertbare Güter beziehe. Tatsächlich ist dies meines Erachtens nur ein schwaches Argument. Auch wenn das Recht am eigenen Bild als Persönlichkeitsrecht primär ideelle Interessen schützt, kann ein Foto gleichwohl auch wirtschaftlich verwertbar sein und ein Eingriff folglich zu ungerechtfertigten Vermögensverschiebungen führen (vgl dazu gleich näher unten).

Allerdings kann nach Ansicht des OGH ein Bereicherungsanspruch zumindest dann entstehen, wenn durch die Bildnisveröffentlichung eine andere »Sache«⁹² (etwa der Bekanntheitsgrad oder das Aussehen einer Person) ungerechtfertigt und gegen die von der Rechtsordnung vorgenommene Zuweisung zum Vorteil des Bereicherungsschuldners verwendet wird. Liegt hingegen zusätzlich zur Verletzung des § 78 UrhG kein Eingriff in eine rechtlich geschützte Position vor, so besteht auch kein Verwendungsanspruch. Einen vermögenswerten Anspruch kann der Verletzte in diesem Fall nur auf schadenersatzrechtlicher Grundlage geltend machen. Voraussetzung dafür ist freilich, dass ihm durch die Verletzung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist.⁹³

90 OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p – Werbespot – MR 2009, 358.

91 So in OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786 (*Nowakowski*).

92 Die »Sache« des § 1041 ABGB ist im Sinne des § 285 ABGB weit zu verstehen, vgl *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1041 Rz 5; *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 19; *Rummel* in Rummel I³ § 1041 Rz 2; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1726.

93 Zu diesem Schluss gelangt auch die Entscheidung OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786 (*Nowakowski*).

In der Lehre stieß diese Rechtsprechung – zu Recht – auf Kritik.⁹⁴ Im Einzelnen werden folgende Gegenargumente vorgebracht:

Nowakowski und *Mahr* kritisieren, die in der Fußballwerbung I-Entscheidung entwickelte Lösung führe zu unsachlichen Differenzierungen.⁹⁵ Es sei etwa nicht nachvollziehbar, warum zwar der in seinem Namensrecht, nicht aber der in seinem Bildnisschutz Verletzte einen Anspruch nach § 1041 ABGB haben solle. Dies gelte umso mehr, wenn man bedenke, dass es sich beim Bildnisschutz der Sache nach um kein Urheberrecht, sondern um ein klassisches Persönlichkeitsrecht handle.⁹⁶ Für *Wilburg* ist das Recht am eigenen Bild sogar ein Paradebeispiel für vermögenswerte Persönlichkeitsrechte, deren Verwendung bereicherungsrechtliche Ansprüche auslösen kann.⁹⁷ Unsachlich sei auch die unterschiedliche Behandlung von Verletzten mit und ohne Bekanntheitsgrad, denn § 78 UrhG lasse keinerlei Differenzierung zwischen diesen beiden Personenkreisen erkennen.⁹⁸

Des Weiteren hält das Schrifttum dem OGH den Zweck des § 86 UrhG entgegen. Der Gesetzgeber hätte dem Verletzten mit dieser Vorschrift lediglich die Berechnung seines Bereicherungsanspruchs erleichtern wollen.⁹⁹ Tatsächlich heißt es in den Materialien, dass § 86 UrhG allen Streitfragen über die Bemessung des Bereicherungsanspruchs bei Urheberrechtsverletzungen ein Ende setze, indem er ein unschwer zu ermittelndes angemessenes Entgelt gewähre. Weiter wird ausgeführt: »Ein angemessenes Entgelt kann naturgemäß nicht in allen Fällen gefordert werden, in denen ein auf das Urheberrechtsgesetz gegründetes Ausschließungsrecht verletzt worden ist, sondern nur dann, wenn es

94 *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; diesem folgend *Wilhelm*, ecolex 1991, 517; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Mahr*, MR 1995, 127; *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (49 f).

95 *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Mahr*, MR 1995, 127 (159).

96 *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Mahr*, MR 1995, 127 (159). Der Bildnisschutz des § 78 UrhG ist nämlich nur aufgrund seiner systematischen Stellung, nicht aber der Sache nach eine urheberrechtliche Norm. Nur zufällig wird dieses Persönlichkeitsrecht im UrhG geregelt; vgl dazu *Rintelen*, Urheber- und Urhebervertragsrecht 203; *Rehm*, JBl 1962, 1 (2); *A. Kodek* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 78 UrhG Rz 4.

97 *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 43 f.

98 *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Mahr*, MR 1995, 127 (159).

99 Zum Bildnisschutz *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Kletecka*, ecolex 1991, 525.

sich um einen Eingriff in ein Verwertungsrecht oder in ein daraus abgeleitetes ausschließliches Nutzungsrecht handelt.«¹⁰⁰ Diese Zielsetzung der vereinfachten Berechnung erkläre daher die Beschränkung des § 86 UrhG auf bestimmte Verwertungsrechte. Denn nur für bestimmte Verwertungsrechte lasse sich verhältnismäßig leicht eine angemessene Lizenzgebühr feststellen. Der Gesetzgeber habe aber nicht intendiert, damit andere in § 86 UrhG nicht aufgezählte Rechte vom Bereicherungsrecht schlechthin auszuschließen.¹⁰¹ Dies gelte vor allem für den Bildnisschutz (§ 78 UrhG) und den Titelschutz (§ 80 UrhG), die beide nur zufällig im UrhG geregelt seien. Der Sache nach handle es sich beim Bildnisschutz um ein typisches Persönlichkeitsrecht im Sinne des § 16 ABGB¹⁰² und beim Titelschutz um eine wettbewerbs- und kennzeichenrechtliche Norm.¹⁰³ Deshalb wäre es ein Wertungswiderspruch, zwar für das Namensrecht, nicht aber für den Bildnisschutz¹⁰⁴ oder wohl für den Titel eines Warenkatalogs beziehungsweise Preisverzeichnisses, nicht aber für den Titel von Kunst und Literatur¹⁰⁵ einen Verwendungsanspruch zu gewähren, nur weil die jeweils letzteren Rechte zufälliger Weise im UrhG geregelt sind.

Kletecka und *Nowakowski* wenden zudem methodische Argumente gegen die in der Rechtsprechung vertretene Ansicht ein, § 86 UrhG verdränge nach dem Grundsatz »lex specialis derogat legi generali« § 1041 ABGB. Die Anwendung dieses Grundsatzes erfordere, dass § 86 UrhG alle

100 *Dillenz*, Materialien zum UrhG, 174 f.

101 *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4. 4. 1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; *Kletecka*, *ecolex* 1991, 525.

102 *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4. 4. 1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; allgemein zur Rechtsnatur des Bildnisschutzes *Rehm*, JBl 1962, 1; *Rintelen*, Urheber- und Urhebervertragsrecht 203; *A. Kodek* in *Kucsco/Handig*, *urheber.recht*² § 78 UrhG Rz 4.

103 *Kletecka*, *ecolex* 1991, 525 (526); allgemein zur Rechtsnatur des § 80 UrhG auch *Thiele* in *Kucsco/Handig*, *urheber.recht*² § 80 Rz 4.

104 *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4. 4. 1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786.

105 *Kletecka*, *ecolex* 1991, 525 (526) zur alten Rechtslage, wonach das UWG noch keinen eigenen Anspruch auf angemessenes Entgelt enthielt und daher für die von *Kletecka* angeführten Beispiele § 1041 ABGB einschlägig war. Mit BGBl I Nr 111/1999, 900 wurde § 9 Abs 4 UWG eingefügt, der unter Verweis auf § 150 Abs 1 PatG einen entsprechenden Anspruch auf angemessenes Entgelt vorsieht. *Kleteckas* Argument ist nach geänderter Rechtslage weiterhin gültig, auch wenn nun Warenkataloge nicht mehr nach § 1041 ABGB, sondern nach § 9 Abs 4 UWG Titelschutz erhalten, vgl dazu *Schmid* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 9 Rz 28. Denn das ändert nichts an der Wertungsinfolge, gleichzeitig den Titeln von literarischen Werken keinen Schutz zu gewähren.

Tatbestandselemente des § 1041 ABGB enthalte und ihnen mindestens ein weiteres Tatbestandselement hinzufüge, was aber nicht der Fall sei. Obwohl § 1041 ABGB im Falle des Gebrauchs einer fremden Sache ein angemessenes Benützungsentgelt gewähre, verlange § 86 UrhG nämlich nicht den Eintritt eines tatsächlichen Nutzens beim Bereicherungsschuldner. § 1041 ABGB erfordere dies – jedenfalls für den redlichen Bereicherungsschuldner – hingegen schon.¹⁰⁶ Der redliche Bereicherungsschuldner könne sich daher nur im Rahmen des § 1041 ABGB, nicht aber im Anwendungsbereich des § 86 UrhG darauf berufen, sein konkreter Nutzen sei geringer als das Benützungsentgelt. Weil dem § 86 UrhG ein Tatbestandsmerkmal (subjektiver Nutzen) fehle, stelle die Norm gegenüber § 1041 ABGB damit kein *lex specialis* dar.¹⁰⁷

Aufgrund all dieser Argumente kommt das Schrifttum überwiegend zum Schluss, dass auch für Verletzungen des § 78 UrhG ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB bestehen kann.¹⁰⁸

Nach *Mahr* hingegen erklärt sich der Ausschluss des Bildnisschutzes aus § 86 UrhG daraus, dass bei Verfassung des UrhG anders als heute mit dem Schadensbegriff des § 87 Abs 1 UrhG auch jener »Schaden« erfasst werden sollte, der aus der unbefugten, benützungsentgeltlosen Verwendung eines Immaterialguts resultiere. Das Entgelt, das der Abgebildete für die Veröffentlichung seines Bildes hätte verlangen können, konnte gemäß diesem Verständnis mit einem schadenersatzrechtlichen Anspruch nach § 87 Abs 1 UrhG eingefordert werden.¹⁰⁹ Heute steht allerdings fest, dass es sich dabei um keinen Schaden im Sinne der Differenzrechnung handelt,¹¹⁰ was nach Ansicht von *Mahr* beim Bildnisschutz zu einer Regelungslücke führt, für die primär innerhalb des UrhG eine Lösung gesucht werden solle. Eine solche Lösung sieht er in einer Analogie zu § 86 Abs 3 UrhG. Nach dieser Bestimmung hat derjenige, der einen Pressebericht dem § 79 UrhG zuwider benutzt, verschuldensunabhängig dem Nachrichtensammler ein angemessenes

106 Vgl dazu schon oben, I.C.2.

107 *Kletecka*, *ecolex* 1991, 525 (526); *Nowakowski*, *ÖBl* 1983, 97 (99).

108 *Nowakowski*, *ÖBl* 1983, 97; *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786; ihm folgt *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 517; *Kletecka*, *ecolex* 1991, 525.

109 *Mahr*, MR 1995, 127 (130, 159).

110 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – *ÖBl* 1983, 118; *Nowakowski*, *ÖBl* 1983, 97 (97); *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 31f; *Walter*, MR 1995, 2 (3); OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); anders noch OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189, dazu *Torggler*, JBl 1971, 1 (2).

Entgelt zu bezahlen. Die analoge Anwendung auf den Bildnisschutz beschränkt sich laut *Mahr* allerdings auf jene Fälle, in denen § 78 UrhG materielle Interessen schützt, weil dann eine dem Nachrichtenschutz vergleichbare innere Struktur bestehe, die auch die gleiche Rechtsfolge auslösen müsse.¹¹¹ Der OGH hat diese Analogie ausdrücklich abgelehnt.¹¹²

Meines Erachtens überzeugt die Ansicht, wonach § 86 UrhG für bestimmte Verwertungsrechte nur eine erleichterte Berechnung vorsieht, ohne gegenüber § 1041 ABGB eine ausschließende Wirkung zu entfalten. Damit bleibt für die nicht in § 86 genannten Urheberrechte § 1041 ABGB maßgeblich, was zur Frage führt, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen § 1041 ABGB für die Verletzung von Bildnisschutz (§ 78 UrhG), Urheberpersönlichkeitsrechten (§§ 19–21 UrhG), Titelschutz (§ 80 UrhG) und Herstellerbezeichnung (§ 74 Abs 3 UrhG) einen Verwendungsanspruch gewährt.

Für die Beantwortung dieser Frage sollte zwischen den verschiedenen Rechten je nach ihrer Rechtsnatur differenziert werden. So ist das Recht am eigenen Bild der Sache nach ein Persönlichkeits- und kein Urheberrecht.¹¹³ Ob die Verletzung dieses Rechts einen Anspruch gemäß § 1041 ABGB nach sich ziehen kann, hängt daher von der allgemeineren Frage ab, ob die Verletzung von Persönlichkeitsrechten generell zu Verwendungsansprüchen führen kann. Bei Urheberpersönlichkeitsrechten, dem Titelschutz und der Herstellerbezeichnung hingegen geht es um die Frage, ob durch das Ausnützen fremder Schöpfungen ein Bereicherungsanspruch entstehen kann.

Lehre und Rechtsprechung sind sich grundsätzlich darüber einig, dass § 1041 ABGB jedenfalls dann einen Verwendungsanspruch für Eingriffe in Persönlichkeitsrechte gewährt, wenn das jeweilige Recht wirtschaftlich verwertbar ist.¹¹⁴ »Sache« im Sinne dieser Vorschrift ist im weitesten Sinne zu verstehen und erfasst jede rechtlich geschützte Position

111 *Mahr*, MR 1995, 127 (159); zusammenfassend auch *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (49f).

112 OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p – Werbespot – MR 2009, 358.

113 *Rehm*, JBl 1962, 1; *Rintelen*, Urheber- und Urhebervertragsrecht 203; *A. Kodek* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 78 UrhG Rz 4; OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p – Werbespot – MR 2009, 358.

114 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 19; *Apathy*, Verwendungsanspruch 67; *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1041 Rz 5f; *Koziol* in FS Wiegand 449 (451); *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 43f, der in diesem Zusammenhang ausdrücklich das Recht am eigenen Bild erwähnt.

mit wirtschaftlichem Wert.¹¹⁵ Wird der Zuweisungsgehalt¹¹⁶ eines solchen Gutes verletzt, so gewährt § 1041 ABGB einen Anspruch. Das Argument des OGH,¹¹⁷ wonach es sich beim Recht am eigenen Bild um keine Sache im Sinne des § 1041 ABGB handle, ist daher nicht haltbar,¹¹⁸ weil gerade beim Recht am eigenen Bild wirtschaftliche Verwertbarkeit regelmäßig gegeben ist.¹¹⁹

Koziol spricht sich unter Berufung auf den Gleichlauf von Bereicherungs- und Schadenersatzrecht außerdem dafür aus, Bereicherungsansprüche für alle Persönlichkeitsgüter unabhängig davon zu gewähren, ob sie marktfähig sind, oder ob die Verletzung zu einem in Geld messbaren Gewinn führt. Auch das Schadenersatzrecht gewähre Ansprüche für ideelle Nachteile,¹²⁰ weshalb uneinsichtig sei, für geschützte ideelle Interessen anerkanntermaßen deliktsrechtlichen Schutz zu gewähren, bereicherungsrechtlichen Schutz aber zu verweigern. Zwar sei es richtig, dass beim Ausgleich rein ideeller Vorteile in Geld der Bereicherte Vermögenswerte herausgeben müsse, die er tatsächlich nicht erlangt habe. Ferner sei diese Rechtsfolge auch ähnlich schwerwiegend wie eine Schadenersatzleistung, obwohl an einen Bereicherungsanspruch gerade deswegen geringere Voraussetzungen geknüpft würden, weil die Rechtsfolge den Bereicherten weniger hart treffe als eine Schadenersatzpflicht.¹²¹ Schließlich könne man gegen die Abgeltung erlangter ideeller Vorteile in Geld einwenden, dass eine Bemessung kaum möglich wäre. Diese Argumente würden jedoch gleichwohl dann nicht tragen,

115 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 19; *Apathy*, Verwendungsanspruch 66 ff; *Torggler*, JBl 1971, 1 (7); OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – ÖBl 1976, 124; OGH 22.3.1994, 4 Ob 166/93 – Wienerwald II – wbl 1994, 314; OGH 13.2.2001, 4 Ob 307/00a – VDFS II – ÖBl 2002, 32.

116 Der Zuweisungsgehalt beschreibt die mit einem bestimmten Rechtsgut verbundenen Vorteile, die dem Rechteinhaber zugewiesen sind, ihm also gemäß den gesetzlichen Wertungen zukommen sollen. Er begründet und begrenzt den Verwendungsanspruch, vgl *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 4; OGH 29.4.1980, 4 Ob 337/80, ÖBl 1981, 8; OGH 14.6.1995, 3 Ob 544, 545/95, JBl 1996, 48; OGH 10.7.2001, 4 Ob 66/01m – Tausend Clowns – MR 2002, 98.

117 OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786 (*Nowakowski*).

118 So auch *Nowakowski*, Glosse zu OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786.

119 Daher nennt *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 43 f, das Recht am eigenen Bild auch als klassisches Beispiel für vermögenswerte Persönlichkeitsrechte, deren Verletzung einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auslösen kann; vgl auch *Apathy*, Verwendungsanspruch 67.

120 *Koziol* in FS Wiegand 449 (449 ff); zusammenfassend auch *Koziol/Spitzer* in KBB⁵ § 1041 Rz 7.

121 Dazu auch *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 20.

wenn entweder ein ideeller Vorteil als solcher herausgegeben werden könne oder wenn der Eingriff in ein ideelles Gut zu einem in Geld messbaren Gewinn führe. Ein Beispiel dafür seien die Privatsphäre verletzende Berichte, die den Absatz eines Mediums erhöhten.¹²²

Diese Argumentation lässt sich meines Erachtens auch auf Urheberpersönlichkeitsrechte (und die Herstellerbezeichnung des § 74 Abs 3 UrhG) übertragen, beispielsweise wenn jemand durch Anmaßung einer Urheberschaft materielle Gewinne erzielt.

Aufgrund des weiten Sachbegriffs des § 1041 ABGB handelt es sich auch beim Titelschutz um eine geschützte Rechtsposition.¹²³ Dieser umfasst nämlich unstrittig auch Immaterialgüterrechte,¹²⁴ etwa Marken-,¹²⁵ und Urheberrechte,¹²⁶ sowie Kennzeichenrechte des § 9 UWG¹²⁷ erfasst.¹²⁸ Der Werktitel ist regelmäßig auch wirtschaftlich verwertbar. Man denke etwa an den Fall, dass derjenige, dem das Recht am Titel eines Films zusteht, den Titel einem anderen Produzenten für einen neuen Film gegen Entgelt zur Verfügung stellt.¹²⁹ Demnach sollte auch für die Verletzung des Titelschutzes ein Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB gewährt werden.¹³⁰

b. Beschränkung des § 86 Abs 2 UrhG

Eine weitere Ausnahme enthält § 86 Abs 2 UrhG. Diese Vorschrift betrifft die Benutzung von Bild- und Schallträgern sowie von Rundfunksendungen für eine öffentliche Zurverfügungstellung, eine öffentliche Wiedergabe oder eine (andere) Rundfunksendung. Erwirbt etwa ein Rundfunkunternehmen einen Bild- oder Schallträger, wäre es unbillig, es der Gefahr auszusetzen, dem zur Erteilung der Vortrags-, Aufführungs- oder Vorführungsbewilligung Berechtigten ein Entgelt bezahlen zu müssen, wenn dem Rundfunkunternehmen ohne sein Verschulden

122 Koziol in FS Wiegand 449 (460 ff); zusammenfassend auch Koziol/Spitzer in KBB⁵ § 1041 Rz 7.

123 So auch Kletecka, ecolex 1991, 525 (527).

124 OGH 22.3.1994, 4 Ob 166/93 – Wienerwald II – wbl 1994, 314; Koziol, JBl 1978, 239 (242).

125 So OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – ÖBl 1976, 124 noch vor § 53 Abs 1 MSchG;.

126 OGH 13.2.2001, 4 Ob 307/00a – VDFS II – ÖBl 2002, 32.

127 Torggler, JBl 1971, 1 (5 ff); OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – ÖBl 1976, 124.

128 Apathy, Verwendungsanspruch 66; Apathy in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 19; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1726.

129 Beispiel bei Kletecka, ecolex 1991, 525 (527).

130 Ebenso Kletecka, ecolex 1991, 525.

nicht bekannt gewesen ist, dass der Bild- oder Schallträger unter Verletzung ausschließlicher Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte hergestellt wurde. Dies umso mehr, als eine Prüfung derartiger Rechtsverletzungen dem Erwerber in aller Regel nicht möglich ist. Der Verletzte soll sich in solchen Fällen mit seinen Ansprüchen nur an jene Personen halten können, die die Bild- oder Schallträger unbefugt hergestellt oder verbreitet haben, soweit die Rechtsverletzung ihrem Benutzer ohne sein Verschulden unbekannt war.¹³¹ Vom Benutzer des Bild- oder Schallträgers oder der Rundfunksendung darf demnach ein angemessenes Entgelt nur bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Rechtsverletzung verlangt werden.¹³²

Diese punktuelle Privilegierung ist meines Erachtens kaum nachvollziehbar. Es wurden soweit ersichtlich auch noch keine Argumente zu ihrer Rechtfertigung vorgebracht.¹³³

D. Zwischenresümee

Wenn jemand ein urheberrechtlich geschütztes Werk, ein Patent oder eine Marke unbefugt benutzt, so gewähren § 86 Abs 1 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG dem Verletzten gegen den rechtsgrundlosen Nutzer einen Anspruch auf angemessenes Benützungsentgelt. Bei diesem Anspruch handelt es sich um einen Verwendungsanspruch im Sinne des § 1041 ABGB, der die ersparten Nutzungsgebühren vergütet, wobei es sich bei den nicht bezahlten Nutzungsgebühren um eine Ersparnisbereicherung des Verletzten (nicht um einen entgangenen Gewinn) handelt. Entsprechend den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Prinzipien setzt dieser Anspruch auf angemessenes Entgelt weder einen Schaden des Verletzten noch ein Verschulden des Verletzers voraus.

Allgemeine bereicherungsrechtliche Wertungen bestimmen auch Auslegung und Anwendung des Anspruchs, soweit sich nicht anderes aus den immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen ergibt. Dies gilt insbesondere für die Aktivlegitimation im Fall von Werknutzungsbechtigungen und Lizenzen.

131 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 7; *Dillenz*, Materialien zum UrhG 175.

132 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 7.

133 Ähnlich kritisch *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG*² § 86 Rz 9.

Ein meines Erachtens ungerechtfertigter Unterschied zwischen dem immaterialgüterrechtlichen Anspruch und dem allgemeinem Bereicherungsrecht betrifft die Bestimmung der Anspruchshöhe, gewähren doch die immaterialgüterrechtlichen Normen dem Verletzten den Anspruch auf angemessenes Entgelt unabhängig vom subjektiven Nutzen des Verletzers. Nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Vorschriften hingegen kann sich der redliche Bereicherungsschuldner auf einen niedrigeren subjektiven Nutzen berufen und so das von ihm geschuldete Benützungsentgelt verringern. Dasselbe sollte auch im Immaterialgüterrecht gelten. Eine entsprechende einschränkende Interpretation in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Bereicherungsrecht und der Anwendung des § 1041 ABGB wäre dem Wortlaut nach möglich und inhaltlich wünschenswert.

Meines Erachtens sollten § 1041 ABGB und andere bereicherungsrechtliche Vorschriften zudem allgemein subsidiär herangezogen werden, falls das Immaterialgüterrecht keine Sonderregeln enthält. Zu denken ist etwa an einen Fall, in dem die Eingriffshandlung nicht den Verletzer selbst, sondern einen Dritten bereichert, ohne dass die Voraussetzungen einer Unternehmerhaftung¹³⁴ erfüllt sind. Der immaterialgüterrechtliche Anspruch auf angemessenes Entgelt bezieht sich auf den Fall, dass der Verletzer selbst bereichert ist, weil er selbst den Aufwand für die Nutzungsgebühren tätigen hätte müssen. Fallen hingegen Bereicherter und Verletzer auseinander, wäre § 1041 ABGB heranzuziehen.

Dasselbe gilt – nach der hier vertretenen Meinung – für Rechte, die zwar grundsätzlich dem UrhG unterliegen, aber nicht von § 86 UrhG erfasst werden. Auch bei Verletzung dieser Rechte sollte – entgegen der Rechtsprechung des OGH – § 1041 ABGB Anwendung finden. Sind daher die allgemeinen Voraussetzungen des § 1041 ABGB erfüllt, könnte etwa für die Verletzung des Bildnisschutzes (§ 78 UrhG) ein Verwendungsanspruch gewährt werden.

134 Vgl dazu das fünfte Kapitel.

II. Tatsächliche Vermögensschäden und Pauschalersatz

A. Allgemeines

Aus einer Immaterialgüterrechtsverletzung resultierende Vermögensschäden sind grundsätzlich nur unter den allgemeinen Voraussetzungen der §§ 1293 ff ABGB ersatzfähig. Daher muss der geschädigte Rechteinhaber für einen Ersatzanspruch die rechtswidrige Verursachung, das Verschulden und den tatsächlichen Eintritt eines Vermögensschadens¹³⁵ behaupten und beweisen.¹³⁶ Gelingt ihm dies, so kann er – anders als nach §§ 1323, 1324 ABGB – schon bei leichter Fahrlässigkeit auch den entgangenen Gewinn verlangen.¹³⁷

Allerdings ist der Schadensnachweis bei Immaterialgüterrechtsverletzungen oft sehr schwierig. Aufgrund dieser Beweisschwierigkeiten – so jedenfalls eine gängige Erklärung¹³⁸ – stellen das UrhG, PatG und MSchG dem Ersatzanspruch für konkrete Vermögensschäden¹³⁹ einen Anspruch auf Pauschalersatz zur Seite, mit dem der Verletzte ohne Schadensnachweis das Doppelte des angemessenen Benützung-

135 Die Immaterialität der verletzten Güter ist nicht zu verwechseln mit immateriellem Schaden. Die Verletzung von Immaterialgüterrechten kann selbstverständlich sowohl Vermögensschäden als auch ideelle Schäden auslösen.

136 *Guggenbichler* in Kucsko, urheber.recht § 87 Rz 2, 7; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 4; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 22, 25; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 15.1.1989, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (*Walter*); zum Kennzeichenrecht nach UWG: *Kraft/Steinmair* in Kraft/Steinmair, UWG § 16 Rz 3, 15 ff; *Rummel* in Koziol, Haftpflichtrecht II² 302; OGH 11.6.1952, 1 Ob 437/52 – Otto B – SZ 25/161.

137 § 87 Abs 1 UrhG, § 150 Abs 2 lit a PatG, § 53 Abs 2 Z 1 MSchG.

138 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 177; *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (57f); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (39); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 21; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 49 f; *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (*Walter*).

139 §§ 87 Abs 1 UrhG, 150 Abs 1 PatG und 53 Abs 1 MSchG.

entgelts¹⁴⁰ (also die doppelte Lizenzgebühr) fordern kann.¹⁴¹ Obwohl im Wettbewerbsrecht ähnliche Beweisprobleme auftreten, kennt das UWG keinen Pauschalersatz.¹⁴² § 87 Abs 3 UrhG gewährt wiederum den Pauschalanspruch bei jedem Verschuldensgrad,¹⁴³ § 53 Abs 3 MSchG und § 150 Abs 3 PatG tun dies hingegen nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz, ohne dass ein sachlicher Grund für diese Differenzierungen ersichtlich wäre.

Pauschalersatz muss im Übrigen ausdrücklich begehrt werden. Das Begehren auf Ersatz des tatsächlich erlittenen Vermögensschadens schließt den Anspruch auf pauschalen Schadenersatz nicht zwangsläufig ein.¹⁴⁴

Die für den Ersatz des tatsächlichen Vermögensschadens und den Pauschalersatz einschlägigen Rechtsgrundlagen lauten wie folgt:

§ 87 UrhG. (1) Wer durch eine Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz einen anderen schuldhaft schädigt, hat dem Verletzten ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen. [...] (3) Der Verletzte, dessen Einwilligung einzuholen gewesen wäre, kann als Ersatz des ihm schuldhaft zugefügten Vermögensschadens (Abs. 1), wenn kein höherer Schaden nachgewiesen wird, das Doppelte des ihm nach § 86 gebührenden Entgelts begehren. [...]

§ 150 PatG. [...] (2) Bei schuldhafter Patentverletzung kann der Verletzte an Stelle des angemessenen Entgeltes (Abs 1) a) Schadenersatz einschließlich des ihm entgangenen Gewinnes [...] verlangen. (3) Unabhängig vom Nachweis eines Schadens kann der Verletzte das Doppelte des ihm nach Abs. 1 gebührenden Entgelts begehren, sofern die Patentverletzung auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruht. [...]

§ 53 MSchG. [...] (2) Bei schuldhafter Markenverletzung kann der Verletzte anstelle des angemessenen Entgelts 1. Schadenersatz einschließlich des ihm entgangenen Gewinnes [...] verlangen. (3) Unabhängig vom Nachweis eines Schadens kann der Verletzte das Doppelte des ihm nach Abs. 1 gebührenden Entgelts begehren, sofern die Markenverletzung auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruht.

§ 34 MuSchG. Wer in seinem Musterrecht verletzt worden ist, hat Anspruch auf [...] angemessenes Entgelt, Schadenersatz, [...] Die §§ 147 bis 154 des Patentgesetzes 1970 gelten sinngemäß.

140 Zum Anspruch auf angemessenes Benützungsentgelt vgl das vorangegangene Kapitel.

141 Vgl §§ 87 Abs 3 UrhG, 150 Abs 3 PatG und 53 Abs 3 MSchG.

142 *Mahr*, wbl 1994, 249; *Rummel*, JBl 1971, 385 (386).

143 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 30.

144 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 31; OGH 29.9.1998, 4 Ob 242/98m – Exklusivfoto – MR 1999, 26 (*Walter*).

§ 41 GMG. Wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden ist, hat Anspruch auf [...] angemessenes Entgelt, Schadenersatz, [...] Die §§ 147 bis 157 des Patentgesetzes 1970 sind sinngemäß anzuwenden.

§ 9 UWG. [...] (2) Der Benützer ist dem Verletzten zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benützung geeignet war, Verwechslungen hervorzurufen. [...]

§ 16 UWG (1) Wer auf Grund dieses Gesetzes berechtigt ist, einen Anspruch auf Schadenersatz zu stellen, kann auch den Ersatz des entgangenen Gewinns fordern.

Auf den ersten Blick scheint der Pauschalersatz dem Ersatzanspruch für die tatsächlichen Vermögensschäden jede praktische Bedeutung zu nehmen, da der Kläger nur selten die Mühe auf sich nehmen wird, einen tatsächlichen Vermögensschaden nachzuweisen, wenn ohnehin ein Pauschalersatz ohne ein solches Nachweiserfordernis zur Verfügung steht. Diese Überlegung trifft aber nur teilweise zu, weil der tatsächliche Vermögensschaden den Pauschalbetrag übersteigen kann. In diesem Fall ist der (nachgewiesene) höhere Betrag neben dem Pauschalersatz zu gewähren.¹⁴⁵ Zudem gibt es Bereiche, in denen der Pauschalersatz nicht zur Anwendung kommt. So kann er im Urheberrecht nur für Eingriffe in Verwertungs- und Werknutzungsrechte geltend gemacht werden, nicht hingegen für Urheberpersönlichkeitsrechte (§§ 19–21 UrhG), das Recht auf Herstellerbezeichnung (§ 74 Abs 3 UrhG), das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG) und den Titelschutz (§ 80 UrhG).¹⁴⁶

Zur Begründung dieser Beschränkung wird angeführt, der Anwendungsbereich des § 87 Abs 3 UrhG entspreche jenem des § 86 UrhG. Anknüpfungspunkt des Pauschalersatz nach § 87 Abs 3 UrhG sei ausdrücklich § 86 UrhG; er bemesse sich auf Basis des von § 86 UrhG gewährten angemessenen Benützungsentgelts. § 86 UrhG gelte aber nur für die Verletzung von taxativ aufgezählten Werknutzungs- und

145 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 33; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 8; *Mahr* in *ÖSGRUM* 19, 33 (45); *Walter*, Glosse zu OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91 – MR 1993, 20; OGH 9.11.2010, 4 Ob 173/10k, ÖBl-LS 2011/48.

146 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 29; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 22; zum Recht am eigenen Bild A. *Kodek* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 78 Rz 103; OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); kritisch *Mahr*, MR 1994, 183 (189) und *Walter*, Glosse zu 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – MR 1998, 194.

Verwertungsrechten,¹⁴⁷ weshalb für die Verletzung dieser Rechte auch kein Pauschalersatz gewährt werden sollte.

Diese Differenzierung führt de facto dazu, einen Schadenersatzrechtlichen Anspruch vom Bestehen eines bestimmten Bereicherungsanspruchs abhängig zu machen. Dies mag formal dem Wortlaut des § 87 Abs 3 UrhG entsprechen, der Sache nach ist diese Differenzierung aber meines Erachtens fragwürdig. Denn auch Verletzungen von persönlichkeitsrechtlichen Befugnissen des Urhebers können zu ersatzfähigen Vermögensschäden führen und einen Ersatzanspruch für tatsächliche Vermögensschäden (§ 87 Abs 1 UrhG) auslösen.¹⁴⁸ Dementsprechend knüpft § 87 Abs 1 UrhG ganz allgemein an eine »Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz« an, ohne sich auf einzelne Verwertungs- oder Werknutzungsrechte zu beschränken.¹⁴⁹ Die bei der Durchsetzung dieses Anspruchs entstehenden Beweisprobleme, welche zur Rechtfertigung der Pauschalierung des Schadenersatzes herangezogen werden, können bei Urheberpersönlichkeitsrechten, bei der Herstellerbezeichnung sowie beim Bildnis- und Titelschutz genauso auftreten wie bei Verwertungsrechten. Daher ist kein Grund ersichtlich, warum der – vorgeblich der Beweiserleichterung dienende – Pauschalersatz nur für die Verletzung von Verwertungsrechten zur Verfügung stehen sollte.

Zu denken ist etwa an Fälle, in denen der zur Veröffentlichung von Lichtbildern Berechtigte bei der Veröffentlichung in rechtswidriger Weise den Namen des Lichtbildherstellers nicht nennt. Wegen der entgangenen Werbewirkung können dem Lichtbildhersteller daraus Vermögensschäden in Form eines entgangenen Gewinns entstehen.¹⁵⁰ Mangels Anwendbarkeit der Pauschalregelung des § 87 Abs 3 UrhG kommt in diesem Fall aber nur ein Ersatz des konkreten Vermögensschadens nach § 87 Abs 1 UrhG in Frage. Der Geschädigte muss also den Vermögensschaden nach allgemeinen Schadenersatzrechtlichen Regeln vorbringen

147 A. Kodek in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 78 Rz 103; OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (Walter); OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatl – MR 1999,171 (Walter). Zur Beschränkung des § 86 UrhG auf Werknutzungs- und Verwertungsrechte auch Dillenz, Materialien zum UrhG 175. Zu dieser Beschränkung des § 86 UrhG vgl oben, I.C.4.a.

148 Guggenbichler in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 2.

149 Guggenbichler in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 2.

150 OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (Walter); Walter, MR 1994, 49 (50); zur Werbewirkung durch Namensnennung des Lichtbildherstellers auch Dittrich in GS Schönherr 121 (123).

und nachweisen.¹⁵¹ Veröffentlicht hingegen jemand unbefugt ein Lichtbild, führt den Fotografen aber wohl an, so verstößt er gegen die von § 86 Abs 1 Z 4 UrhG erfassten Verwertungsrechte des Lichtbildherstellers (§ 74 Abs 1 UrhG) und muss – ohne Schadensnachweis – Pauschalersatz in der Höhe des doppelten Benützungsentgelts leisten. Ein sachliches Argument für die unterschiedliche Behandlung dieser beiden Fallkonstellationen ist meines Erachtens nicht ersichtlich.

Man mag argumentieren, dass der Pauschalersatz auch der Höhe nach an § 86 UrhG anknüpft, § 86 UrhG aber für den Eingriff in die dort nicht genannten Rechte keine Bemessungsgrundlage zur Verfügung stellt. Wäre dieses Argument zwar formal richtig, so soll nach hier vertretener Meinung (vgl. Punkt I.C.4.) aber § 1041 ABGB subsidiär zu § 86 UrhG gelten. Daher kann, soweit § 86 UrhG nicht zur Anwendung kommt, ein Pauschalersatz auf der Basis von § 1041 ABGB errechnet werden.

Zum Verhältnis zwischen dem bereicherungsrechtlichen Anspruch auf angemessenes Entgelt einerseits und dem Pauschalanspruch andererseits vertreten die überwiegende Lehre und Rechtsprechung die Ansicht, das bereicherungsrechtliche Entgelt solle auf den Schadenspauschalbetrag anzurechnen sein. Der Geschädigte kann daher nicht insgesamt ein Dreifaches des angemessenen Entgelts fordern, sondern nur das Doppelte, also neben dem bereicherungsrechtlichen Entgelt über das Schadenersatzrecht zusätzlich nur noch einen einfachen Entgeltbetrag.¹⁵² *Mahr* hingegen vertritt unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Bestimmungen des UrhG die Meinung, dem Geschädigten stehe insgesamt ein dreifaches angemessenes Entgelt zu.¹⁵³ Seine Auffassung konnte sich aber weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung durchsetzen.

Meines Erachtens überzeugen die herrschende Meinung und Rechtsprechung – unabhängig von historischen Argumenten – vor allem des-

151 OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (*Walter*).

152 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (61 f); *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 33; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 25; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 53; *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² § 87 Rz 19; *Walter*, Glosse zu OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91 – MR 1993, 20; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OGH 24.11.1998, 4 Ob 292/98i – Mittelschulatlas – MR 1999, 171.

153 *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (43 f); *Mahr*, MR 1994, 183 (184, 187 f); *Mahr*, Glosse zu OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793.

halb, weil sich der doppelte Betrag noch mit dem Ausgleichsprinzip rechtfertigen lässt. Darauf wird bei der Erörterung des Pauschalersatzes noch zurückzukommen sein (siehe unten, Punkt II.C.3.b.iii).

B. Fallbeispiele

Nachstehend werden zwei Entscheidungen dargestellt, die zentrale Problemfelder sowie die praktische Bedeutung des konkreten und pauschalen Schadenersatzes veranschaulichen. Sie werden in der Folge helfen, beide Ansprüche näher zu analysieren.

1. WIN¹⁵⁴

Die erste Entscheidung befasste sich mit folgendem Sachverhalt: Eine Karikaturistin mit dem Künstlernamen WIN illustrierte ein Buch mit dem Titel »Wirtshausgeschichten«. Eine Tageszeitung veröffentlichte 25 Mal in Folge Textauszüge dieses Buches und dazu jeweils einen verkleinerten Ausschnitt der Zeichnungen. Die Zeitungsinhaberin hatte dafür keine Zustimmung der Karikaturistin eingeholt und publizierte die Zeichnungen zudem, ohne ihren Namen oder Künstlernamen zu nennen. Dadurch verletzte sie die der Urheberin gemäß § 15 und 16 UrhG vorbehaltenen Verwertungsrechte sowie ihre Urheberpersönlichkeitsrechte, konkret das Recht auf Namensnennung (§ 20 UrhG) und das Änderungsverbot (§ 21 UrhG).

Die Karikaturistin klagte die Zeitungsinhaberin auf Bezahlung eines angemessenen Entgelts nach § 86 UrhG sowie auf materiellen und immateriellen¹⁵⁵ Schadenersatz nach § 87 Abs 1, 2 und 3 UrhG. Als angemessenes Entgelt wurde ihr von den Unterinstanzen rechtskräftig jenes Nutzungsentgelt zugesprochen, das ihr die Zeitungsinhaberin für die Veröffentlichung hätte zahlen müssen. Vor dem OGH waren nur noch die Schadenersatzansprüche strittig. Diesbezüglich brachte die Künstlerin vor, die Zeitung hätte ihre Zeichnungen wiederholt ohne Zustimmung in veränderter Form und ohne Namensnennung abgedruckt. Dadurch seien die Chancen für eine Zweitauflage des Buches gesunken.

154 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (Walter).

155 Hinsichtlich des Ersatzes auf immateriellen Schaden wird diese Entscheidung unten, bei Kapitel IV, näher erörtert.

Zudem seien ihr wegen der fehlenden Namensnennung Werbeeffekte und damit mindestens zwei Aufträge entgangen. Der dadurch eingetretene Vermögensschaden sei vom Gericht nach freier Überzeugung gemäß § 273 ZPO festzusetzen. Zusätzlich berief sich die Künstlerin auf die Pauschalregelung des § 87 Abs 3 UrhG.

Nach Ansicht des OGH waren Vorbringen und Nachweise für einen konkreten Vermögensschaden unzureichend, denn auch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen müsse der Geschädigte neben Verursachung und Verschulden des Schädigers seinen Schaden behaupten und beweisen. § 273 ZPO sei in diesem Fall nicht anwendbar, weil sich diese Bestimmung nur auf die Festsetzung der Schadenshöhe beziehe und den Nachweis eines Grundschatens voraussetze. Da hier nicht einmal bewiesen worden sei, dass überhaupt ein Schaden eingetreten sei, käme § 273 ZPO nicht zur Anwendung.

Hinsichtlich des Pauschalersatzes entschied der OGH (anders als in seiner jüngeren Judikatur¹⁵⁶), § 87 Abs 3 UrhG erfordere den Nachweis eines Grundschatens, weshalb die Künstlerin zumindest nachweisen müsse, dass ihr überhaupt irgendein Vermögensschaden entstanden sei, da allein die Schadenshöhe pauschaliert werde. Die Künstlerin habe diese Voraussetzung nicht erfüllt; ihr stünde daher kein Ersatzanspruch für Vermögensschäden zu.

Mit Rücksicht auf die Judikaturänderung nach der WIN-Entscheidung sei Folgendes angemerkt: § 87 Abs 3 UrhG setzt nach nunmehriger Rechtsprechung keinen Nachweis eines Grundschatens mehr voraus. Es genügt, dass eine rechtswidrige und schuldhaft Verletzungshandlung erfolgte und ein Anspruch auf angemessenes Entgelt besteht. In diesem Fall gewährt § 87 Abs 3 UrhG einen »Ersatz« selbst dann, wenn feststeht, dass kein Schaden eingetreten ist.¹⁵⁷ Gemäß dieser neueren Rechtsprechung wäre WIN ein Anspruch auf die Schadenspauschale zugestanden, freilich allein für die rechtswidrigen Verwertungshandlungen der Zeitung. Hätte die Zeitung hingegen grundsätzlich ein Recht zur Veröffentlichung gehabt und lediglich die Namensnennung unterlassen, so könnte die Künstlerin für den dadurch entgangenen Werbe-

156 OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (Mahr).

157 OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (Mahr); zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 87 Rz 13, vor der Änderung der Rechtsprechung des OGH schon OLG Innsbruck 31. 3. 1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (Walter).

effekt nur nach § 87 Abs 1 UrhG Ersatz verlangen. Denn der pauschale Schadenersatz besteht ebenso wie das angemessene Entgelt¹⁵⁸ nur bei der Verletzung von Verwertungsrechten, nicht hingegen von Urheberpersönlichkeitsrechten.¹⁵⁹

2. Mittelschulatlás¹⁶⁰

In der Entscheidung Mittelschulatlás schaltete ein Unternehmen in mehreren Zeitschriften Inserate und verwendete dafür Ausschnitte aus dem Mittelschulatlás, ohne die Zustimmung der Verlegerin des Atlas einzuholen. Die Verlegerin klagte das Unternehmen daraufhin sowohl auf Bezahlung eines angemessenen Entgelts nach § 86 UrhG in Höhe der (konkret dargelegten) branchenüblichen Lizenzgebühr, als auch auf Leistung eines pauschalen Schadenersatzes nach § 87 Abs 3 UrhG in der Höhe der doppelten Lizenzgebühr.

Vorbringen und Nachweise erbrachte sie nur zur branchenüblichen Lizenzgebühr. Über die nicht bezahlte Lizenzgebühr hinaus behauptete sie indes keine weiteren Vermögensnachteile. Damit erfolgte zum Bestehen eines Schadens kein substantiiertes Vorbringen, weil die nicht bezahlte Lizenzgebühr kein Schaden im Sinne der Differenzrechnung, sondern eine Ersparnisbereicherung des Verletzers ist.¹⁶¹

Trotzdem gewährte der OGH der Verlegerin einen pauschalen Schadenersatzanspruch nach § 87 Abs 3 UrhG mit der – vom OGH seit der Rauchfänge-Entscheidung¹⁶² vertretenen – Begründung, dieser Anspruch setze keinen Grundschaden voraus. Es genüge, dass die Verlegerin behauptet und bewiesen habe, dass das Unternehmen ihr Werk auf eine ihr vorbehaltene Art verwertet hatte und dass dafür ein bestimmtes Entgelt angemessen sei. Ihr wurde daher ein Schadenersatzanspruch nach § 87 Abs 3 UrhG gewährt, in den der Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG eingerechnet wurde, weshalb ihr insgesamt das doppelte angemessene Entgelt zustand.

158 Dazu oben, I.C.4.a.

159 Vgl dazu oben II.A.

160 OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlás – MR 1999, 171 (Walter), Sachverhalt vereinfacht.

161 Vgl dazu oben, I.C.1.

162 OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (Mahr).

C. Problemfelder

1. Entwicklung und Bedeutung des Pauschalersatzes

Diese beiden Beispiele aus der Judikatur zeigen die große praktische Bedeutung des Pauschalersatzes, der sich mittlerweile zu einer Standardinstitution des Schadenersatzes im Immaterialgüterrecht entwickelt hat. Von den immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen sah zuerst das UrhG in § 87 Abs 3 idF BGBl 1936/111 ein doppeltes angemessenes Entgelt als pauschalierten Schadenersatz vor, wenn auch zunächst nur für bestimmte besonders publizitätswirksame Verwertungsrechte. Die Materialien verweisen darauf, dass abseits der nicht bezahlten Benützunggebühren ein Vermögensschaden oft nur schwer nachweisbar sei. Die Benützunggebühren würden aber gemäß § 86 UrhG unabhängig vom Verschulden des Verletzers vergütet. Könne nun der Verletzte aber mangels Schadensnachweises im Regelfall nur einen bereicherungsrechtlichen Anspruch nach § 86 UrhG geltend machen, so würden schuldige und unschuldige Verletzer im Ergebnis de facto gleichbehandelt. Ein pauschaler Schadenersatz stelle hingegen die strengere Haftung schuldhaft handelnder Verletzer sicher. Dies sei unabhängig vom konkreten Schadensnachweis billig und gerecht, weil das »Treiben« der »Schwarzspieler« den Berechtigten zu kostspieligen Überwachungsmaßnahmen zwingt. Mit dem Pauschalersatz würden diese Kosten auf die schuldigen Verletzer übergewälzt.¹⁶³

Nicht zuletzt aufgrund der scharfen Kritik *Koziols*¹⁶⁴ am Pauschalersatz des UrhG wurde zunächst keine dem § 87 Abs 3 UrhG entsprechende Regelung ins PatG 1977¹⁶⁵ aufgenommen.¹⁶⁶ In der Folge setzte sich aber der Pauschalersatz sukzessive auch in den anderen immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen durch.¹⁶⁷ Im Urheberrecht dehnte die Novelle 1982 den Pauschalersatz auf alle Verwertungsrechte aus.¹⁶⁸ Durch das BGBl Nr 111/1999 wurde – soweit ersichtlich ohne große Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur – § 53 Abs 3 MSchG

163 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 177.

164 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237 f.

165 BGBl Nr 349/1977.

166 ErläutRV 490 BlgNR 14. GP 16; dazu *Walter*, MR 1995, 2 (5); *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (57); daher auch gegen eine Analogie *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 242; *Plasser*, ÖBl 2010/47, 248 (249).

167 Zur Entwicklung *Plasser*, ÖBl 2010/47, 248 (250).

168 BGBl Nr 295/1982.

eingeführt, wonach der Verletzte entsprechend der Vorbildregelung des § 87 Abs 3 UrhG¹⁶⁹ unabhängig vom Schadensnachweis ein doppeltes angemessenes Entgelt begehren kann. Anders als im Urheberrecht besteht dieser Anspruch im MSchG aber nur dann, wenn die Markenrechtsverletzung auf grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz beruht. Die Materialien¹⁷⁰ rechtfertigen den Pauschalersatz im Markenrecht unter Verweis auf § 87 Abs 3 UrhG und betonen erneut die Beweisschwierigkeiten bei Schäden aus Immaterialgüterrechtsverletzungen. Im Wortlaut:

Abweichend von der bisherigen Rechtslage wird in Anlehnung an § 87 Abs. 3 des Urheberrechtsgesetzes in den § 53 Abs. 3 des Markenschutzgesetzes eine Regelung aufgenommen, wonach ein in seinen Markenrechten Verletzter bei einer auf grober Fahrlässigkeit beziehungsweise Vorsatz beruhenden Markenverletzung, unabhängig vom Nachweis eines Schadens das angemessene Entgelt in zweifacher Höhe begehren kann. Kann ein in seinen Markenrechten Verletzter bei schuldhafter Vorgehensweise des Verletzers seinen Schaden nicht belegen beziehungsweise die Schadenshöhe nicht konkretisieren, so wäre er unter Umständen auf die Herausgabe des Gewinns, den der Verletzer mit der Marke erzielt hat beschränkt,¹⁷¹ dessen Bestimmung oftmals nur mit großem Aufwand möglich ist. Mit dem neuen Abs. 3 steht dem in seinen Markenrechten Verletzten nunmehr ein leicht zu beziffernder Anspruch zur Verfügung.

Im Jahr 2004 wurde ein dem § 53 Abs 3 MSchG (beziehungsweise § 87 Abs 3 UrhG) entsprechender pauschalierter Schadenersatz in § 150 Abs 3 PatG übernommen.¹⁷² Auch im PatG besteht dieser Anspruch nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz. Die Begründung der Materialien verweist auf die Parallelbestimmungen des § 87 Abs 3 UrhG sowie des § 53 Abs 3 MSchG und hebt wiederum die Beweisschwierigkeiten des Verletzten hervor. Sie entspricht fast wörtlich jener Begründung, mit der die Schadenspauschale zuvor ins MSchG eingeführt wurde.¹⁷³

Auf europäischer Ebene ist in diesem Zusammenhang die RechtsdurchsetzungsRL 2004/48/EG¹⁷⁴ zu erwähnen, die eine wichtige Grundlage für ein harmonisiertes Schadenersatzrecht auf dem Gebiet des

169 Zur Vorbildfunktion auch *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 48.

170 ErläutRV 1643 BlgNR 20. GP 35; dazu auch *Plasser*, ÖBl 2010/47, 247 (250).

171 Zur Gewinnherausgabe unten, Kapitel III.

172 BGBl I Nr. 149/2004; kritisch zu dieser Reform erneut *Kozioł*, RdW 2007/226, 198 (199).

173 ErläutRV 621 BlgNR 22. GP 21.

174 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl 2004 L 195/16.

Immaterialgüterrechts schuf. Die Richtlinie regelt die Durchsetzung der geistigen Eigentumsrechte und verpflichtet in Artikel 13 die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass der Verletzer zum Ausgleich für die Verletzung einen angemessenen Schadenersatz leistet.

Bei der Festsetzung des Schadenersatzes müssen die Gerichte alle in Frage kommenden Aspekte berücksichtigen. Zu nennen sind insbesondere die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen einschließlich der Gewinneinbußen für die geschädigte Partei, ferner zu Unrecht erzielte Gewinne des Verletzers sowie in geeigneten Fällen auch andere als rein wirtschaftliche Faktoren, beispielsweise immaterielle Schäden des Rechtsinhabers.

Die Gerichte können in geeigneten Fällen den Schadenersatz auch als Pauschalbetrag festsetzen. Als Grundlage dafür kann die Vergütung oder Gebühr dienen, die der Verletzer mindestens für die Erteilung der Erlaubnis zur Nutzung des betreffenden Rechts oder des geistigen Eigentums hätte aufwenden müssen. Die Schadenspauschale des doppelten angemessenen Entgelts hat sich damit nicht nur in Österreich, sondern auch auf europäischer Ebene als immaterialgüterrechtlicher Schutzstandard durchgesetzt.¹⁷⁵

Obwohl die Beweisprobleme, mit denen der Pauschalersatz im Immaterialgüterrecht gerechtfertigt wird, gleichermaßen auch bei Kennzeichenverletzungen nach § 9 UWG auftreten,¹⁷⁶ ist dort kein Pauschalersatz vorgesehen.¹⁷⁷ Die Rechtsprechung reagierte in diesem Bereich mit der Entwicklung einer anderen Art der Beweiserleichterung, wonach der in seinen Kennzeichenrechten Verletzte nur dartun muss, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Schaden eingetreten ist. Dem Verletzer obliegt dann der Gegenbeweis, dass kein Schaden eingetreten sein kann. Wird dieser Gegenbeweis nicht erbracht, so hat das Gericht den Schaden nach § 273 ZPO zu bestimmen.¹⁷⁸ An einen vom Schadensnachweis gänzlich losgelösten¹⁷⁹ Pauschalanspruch, wie ihn UrhG, PatG und

175 Zur zunehmenden Bedeutung des Pauschalersatzes in Form der doppelten Lizenzgebühr vor dem Hintergrund der Durchsetzungsrichtlinie auch *Bodewig/Wandtke*, GRUR 2008, 220.

176 Vgl etwa OGH 11.6.1952, 1 Ob 437/52 – Otto B – SZ 25/161 und OGH 15.12.1954, 3 Ob 670/54 – Anton Wildgans – SZ 27/316.

177 Dazu *Kraft/Steinmair* in Kraft/Steinmair, UWG § 9 Rz 89.

178 OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189, zustimmend *Rummel* in Koziol, Haftpflichtrecht II² 303; OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40.

179 Zur Loslösung vom Schaden gleich unten, II.C.2.

MSchG vorsehen, kommt diese Lösung freilich nicht heran. Inhaber von nicht registrierten Kennzeichenrechten sind daher gegenüber Markenrechtsinhabern schlechter gestellt.

Teile der immaterialgüterrechtlichen Literatur kritisieren diese Ungleichbehandlung¹⁸⁰ und *Plasser* plädiert de lege ferenda sogar dafür, auch für Kennzeichenverletzungen nach § 9 UWG bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz einen pauschalen Schadenersatz einzuführen.¹⁸¹ *Rummel* hingegen vertritt die Ansicht, für das Beweisproblem, das den Anstoß für den Pauschalersatz im Immaterialgüterrecht gab, könne schon durch eine großzügigere Interpretation des § 273 ZPO Abhilfe geschaffen werden. Insgesamt steht er dem Pauschalersatz selbst skeptisch gegenüber und spricht sich auch nicht für dessen Ausdehnung auf weitere Rechtsgebiete aus.¹⁸² *Guggenbichler* rechtfertigt die Besserstellung von Markenrechtsinhabern gegenüber nicht registrierten Kennzeichen in Anlehnung an die Erläuternden Bemerkungen zur Markenrechtsnovelle 1999¹⁸³ mit dem Argument, ein Verletzer könne einen Eingriff in fremde Rechte bei registrierten Marken durch Einsichtnahme in das Markenregister wesentlich leichter ausschließen als bei einem nicht registrierten Recht.¹⁸⁴

Dieses Argument ist meines Erachtens aufgrund des Verschuldenserefordernisses beim Pauschalersatz wenig überzeugend. War nämlich für den Verletzer eine Kennzeichenrechtsverletzung gar nicht erkennbar, so kommt ohnehin kein Pauschalersatz in Betracht. Unabhängig von der Frage, ob ein Pauschalersatz überhaupt wünschenswert ist, müsste er konsequenter Weise überall dort gewährt werden, wo sich dieselben Probleme stellen, welche seine Anwendung im Immaterialgüterrecht rechtfertigen. Tatsächlich sprechen jene Argumente – nämlich die Beweisschwierigkeiten, die besondere Verletzlichkeit und die spezifischen Verletzungsfolgen¹⁸⁵ – sehr wohl auch für die Anwendung des Pauschalersatzes im Rahmen des § 9 UWG.

180 *Plasser*, ÖBl 2010/47, 248; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ Rz 98; für eine grundsätzlich einheitliche Regelung des Kennzeichen- und Markenschutzes *Kucsco*, Geistiges Eigentum 640; diesem folgend *Schmid* in Wiebe/Kodek, UWG² § 9 Rz 4.

181 *Plasser*, ÖBl 2010/47, 248.

182 *Rummel* in Koziol, Haftpflichtrecht II² 303.

183 ErläutRV 1643 BlgNR 20. GP 35.

184 *Guggenbichler* in Kucsco/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 48.

185 Dazu ausführlich unten, II.C.3.

In der abweichenden Behandlung der Kennzeichenrechte des § 9 UWG zeigt sich daher jenes Grundproblem, aufgrund dessen *F. Bydlinski* dem Sonderprivatrecht allgemein skeptisch begegnet: Die im Rahmen von Sonderprivatrecht geschaffenen Sonderregeln beruhen häufig auf einer isolierten Problemsicht, was zu einer unterschiedlichen Behandlung gleicher Sachfragen in verschiedenen Kontexten führt, ohne dass dafür ein sachlicher Grund erkennbar wäre.¹⁸⁶ Man würde aber das Kind mit dem Bade ausschütten, lehnte man deswegen den Pauschalersatz allgemein ab.

Vielmehr ist zu untersuchen, ob sich der Pauschalersatz verallgemeinern lässt. Die nachstehende Analyse der Voraussetzungen, des Charakters und der Rechtfertigung des Pauschalersatzes dient daher der Klärung folgender Fragen: Stellt sich die Problematik, auf der das Bedürfnis nach einem Pauschalersatz gründet, auch in anderen (nicht immaterialgüterrechtlichen) Kontexten? Verlangt diese Problematik daher nach einer allgemeinen (nicht nur immaterialgüterrechtlichen) Regel? Lässt sich auf Basis des Pauschalersatzes eine solche allgemeine Regel formulieren?

2. Pauschalersatz ohne Grundschaden

Eines der Hauptargumente zur Rechtfertigung des Pauschalersatzes sind die Schwierigkeiten des Schadensnachweises bei Immaterialgüterrechtsverletzungen.¹⁸⁷ Einigkeit besteht darüber, dass der Pauschalersatz jedenfalls vom Nachweis der konkreten Schadenshöhe befreit.¹⁸⁸

Nach der überwiegenden Lehre¹⁸⁹ muss ferner kein Nachweis für den Schadenseintritt an sich erbracht werden, da die spezifischen Be-

186 *F. Bydlinski* in FS Walter 105 (106).

187 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 177; *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (57f); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (39); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 21; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 49f; *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (*Walter*).

188 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheberrecht² § 87 Rz 30, 32; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 21; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*).

189 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237; *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (57); *Mahr*, MR 1994, 183 (184, 188); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 –

weisschwierigkeiten bei Immaterialgüterrechtsverletzungen das »Ob« eines Schadens ebenso betreffen würden wie die Schadenshöhe.¹⁹⁰ Des Weiteren verweist die Literatur auf § 273 Abs 1 ZPO,¹⁹¹ wonach das Gericht den Betrag nach freier Überzeugung festsetzen kann, wenn der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist.

Nach der Rechtsprechung und Teilen der Lehre bezieht sich § 273 Abs 1 ZPO nur auf die Schadenshöhe, befreit den Kläger aber nicht vom Beweis des Schadenseintritts.¹⁹² Hier wird die richterliche Befugnis des § 273 ZPO so verstanden, dass allein dann, wenn der Ersatzanspruch dem Grunde nach feststeht, aber der Beweis über die Anspruchshöhe gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, das Gericht diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen kann.¹⁹³ Dementsprechend lehnte es der OGH in der oben dargestellten WIN-Entscheidung ab, einen Ersatzanspruch nach § 273 ZPO festzusetzen, da die Klägerin nicht einmal den Eintritt zumindest »irgendeines Schadens« nachweisen konnte.¹⁹⁴ Daraus zieht *Mahr* den Schluss, das Zivilprozessrecht treffe hinsichtlich der Schadenshöhe ohnehin Vorsorge, weshalb es der Regelung des § 87 Abs 3 UrhG gar nicht bedurft hätte.¹⁹⁵ Dies ist nicht ganz richtig, weil der Pauschalersatz nicht zur freien Festsetzung der Anspruchshöhe ermächtigt, sondern eine ganz bestimmte Anspruchshöhe vorschreibt.

Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht³ § 87 Rz 30; aA *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58).

190 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (58); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Walter*, MR 1995, 2 (4), wobei *Koziol* das Argument der Beweisschwierigkeiten grundsätzlich nicht als Rechtfertigung für den pauschalen Schadenersatz gelten lässt. Wenn man aber schon die Bestimmung mit diesem Argument erkläre, dann müsse man dies nicht nur in Bezug auf Schadenshöhe sondern auch in Bezug auf den Grundschaden tun.

191 *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (58); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (45).

192 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Rz 15 zu § 273; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 273 Rz 1 und 6; *Fasching*, JBl 1981, 225 (227, 231, 234); *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2010, 718 (725); OGH 12.7.1950, 1 Ob 391/50, SZ 23/224; OGH 23.11.1955, 2 Ob 623/55; JBl 1956, 180; OGH 2.5.1956, 3 Ob 198/56, JBl 1956, 645; OGH 30.8.2011, 8 Ob A 44/11w; zur Abgrenzung zwischen Forderungsgrund und Forderungshöhe *Hofmann*, RZ 1996, 9; im Kontext des Immaterialgüterrechts vgl OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 30; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ Rz 98.

193 *Fasching*, JBl 1981, 225 (227).

194 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*).

195 *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (45).

Der OGH folgte zunächst¹⁹⁶ der Gegenansicht *Torgglers*,¹⁹⁷ wonach die Schadenspauschale nur vom Nachweis der Schadenshöhe befreie, nicht aber vom Nachweis des Grunds Schadens. Unter dem Einfluss der überwiegenden Lehre änderte der OGH aber in der Folge seine Rechtsprechung: Auch der Gerichtshof ist nun der Ansicht, dass die Beweisschwierigkeiten, die durch die Pauschalregelung ausgeglichen werden sollen, in gleicher Weise bei der Frage auftreten, ob überhaupt ein Vermögensschaden vorliegt. Den Nachweis eines Grunds Schadens hält der OGH nicht mehr für erforderlich.¹⁹⁸ Deshalb muss der Kläger – wie die oben dargestellte Mittelschulatlaser Entscheidung zeigt – zur Inanspruchnahme der Schadenspauschalierung nach § 87 Abs 3 UrhG nur noch behaupten und beweisen, dass der Verletzer das Werk schuldhaft auf eine dem Urheber vorbehaltene Art verwertet hat und dafür ein bestimmtes Entgelt angemessen ist. Einen konkreten Vermögensschaden muss er weder behaupten noch beweisen.¹⁹⁹

Die gegenüber § 87 Abs 3 UrhG jüngeren Bestimmungen in § 150 Abs 3 PatG und § 53 Abs 3 MSchG tragen dieser Judikatur Rechnung, indem sie ausdrücklich einen Ersatz »unabhängig vom Nachweis eines Schadens« vorsehen.²⁰⁰

Koziol gelangt zum selben Ergebnis. Er hält es sowohl im Rahmen des immaterialgüterrechtlichen Pauschalersatzes als auch im Rahmen des § 273 ZPO für falsch, am Nachweis eines Grunds Schadens festzuhalten. Dies würde aus seiner Sicht bei beiden Bestimmungen zum selben Problem führen, beim Pauschalersatz nur in besonders zugespitzter Form. Das Problem bestehe darin, dass die Beantwortung der Frage, ob dem Geschädigten ein bestimmter (womöglich sehr hoher) Schadenersatz zusteht, davon abhängig gemacht werde, ob er zumindest einen,

196 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 10.5.1994, 4 Ob 55/94 – *Cosy II* – MR 1995, 22 (*Walter*); die Frage offenlassend OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (*Walter*).

197 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58).

198 Grundlegend OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); des weiteren OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlaser – MR 1999, 171 (*Walter*); obiter OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*); zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 87 Rz 13, vor der Änderung der Rechtsprechung des OGH schon OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (*Walter*).

199 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 30; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 23; *Walter*, MR 1995, 2 (2); OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlaser – MR 1999, 171 (*Walter*).

200 Dazu *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 51.

wenn auch noch so minimalen, Grundscha- den nachweisen kann. Dies könne womöglich die Gewährung eines Pauschalersatzes von einer Million davon abhängig machen, ob der Geschädigte einen Schaden in Höhe von eins nachweisen könne. Der Nachweis eines Schadens von eins solle aber nicht dafür ausschlaggebend sein, ob eine Million Schadenersatz zugesprochen werde oder nicht. Vielmehr solle man sich in den Fällen des erschwerten Schadensnachweises mit der Frage auseinandersetzen, ob der Geschädigte auch dann vom Schädiger Ersatz verlangen könne, wenn alle schadenersatzrechtlichen Zurechnungsvoraussetzungen gegeben sind und bloß der Schaden nicht exakt nachweisbar ist. Diese Frage sei aber unabhängig davon zu beantworten, ob zumindest ein minimaler Schaden (»der erste Schilling«) nachgewiesen werden könne. Es sei daher sowohl im Rahmen des § 87 Abs 3 UrhG als auch im Rahmen des § 273 ZPO falsch, den Nachweis eines Grundscha- dens zu verlangen.²⁰¹

Diese überzeugende Argumentation ist ein anschauliches Beispiel dafür, wie Sonderregelungen Probleme erhellen können, die sich – wenn auch nicht in derselben Deutlichkeit – auch im allgemeinen Zivilrecht (Zivilprozessrecht) stellen. Um die Sonderregel entsprechend fruchtbar zu machen, ist zunächst zu prüfen, ob sich die ihr zugrunde- liegende Problematik verallgemeinern lässt. Wenn ja, dann ist in einem nächsten Schritt zu untersuchen, wie sich diese allgemeine Problematik aufgrund allgemeiner Regeln lösen ließe und schließlich, wie sich die allgemeine Lösung zur jeweiligen Sonderregelung verhält.

3. Strafcharakter der Pauschale und Ausgleichsprinzip

a. Strafschaden und Ausgleichsprinzip

Die Frage, welche Funktion der Pauschalersatz hat und welches Problem er lösen soll, führt unweigerlich zur Frage, wie sich der Pauschalersatz zum Ausgleichsprinzip verhält. Wie die vorangegangenen Ausführungen zeigen, gewähren Judikatur²⁰² und herrschende Lehre²⁰³ den

201 Koziol in ÖSGRUM 19, 51 (59).

202 OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (Mahr); OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlas – MR 1999, 171 (Walter).

203 Koziol, Haftpflichtrecht II² 237; Koziol in ÖSGRUM 19, 51 (57); Mahr, MR 1994, 183 (184, 188); Walter, MR 1995, 2 (4); Walter, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 –

pauschalen Ersatzanspruch nicht nur unabhängig vom Nachweis einer bestimmten Schadenshöhe, sondern sogar unabhängig davon, ob überhaupt irgendein Schaden nachgewiesen werden kann. Der Pauschalersatz steht dem Verletzten folglich selbst dann zu, wenn der Verletzer den Nichteintritt eines Schadens beweisen kann. Sowohl Kritiker als auch Verteidiger des Pauschalersatzes sowie der OGH messen dem Pauschalersatz daher einen von der Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts abweichenden Strafcharakter bei²⁰⁴ und bezeichnen ihn regelmäßig als »Strafschaden« und »Buße«.²⁰⁵

Ein anschauliches Beispiel für die mangelnde Ausgleichsfunktion bietet die oben dargestellte Mittelschulatlats-Entscheidung:²⁰⁶ Nachdem das Unternehmen in seinem Inserat Teile des Mittelschulatlats verwendet hatte, konnte die Verlegerin des Atlas keinen anderen Nachteil darlegen als die entgangene Nutzungsgebühr. Die entgangene Gebühr wurde ihr – als Ersparnisbereicherung – mit einem bereicherungsrechtlichen Anspruch gemäß § 86 UrhG vergütet. Für einen darüberhinausgehenden Vermögensnachteil gab es weder Vorbringen noch Anhaltspunkte im festgestellten Sachverhalt. Dennoch gewährte der OGH der Verlegerin nach § 87 Abs 3 UrhG einen pauschalen Ersatz in Höhe der doppelten Lizenzgebühr.

Freilich drängt sich hier die Frage auf, was einen solchen Schadenersatz noch mit dem Ausgleichsgedanken verbindet, dem folgend das Schadenersatzrecht – wie schon der Name sagt – einen Schaden ersetzen, also ausgleichen soll.²⁰⁷ Auch wenn in jüngerer Zeit im Zusammenhang mit der an den USA orientierten rechtspolitischen Diskussion

Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheberrecht² § 87 Rz 30.

204 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (52).

205 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (52, 55); *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199f); *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (46); *Walter*, MR 1995, 2 (2, 4); *Walter*, Glosse zu 4 Ob 63/98p – Rauchfänge, MR 1998, 194; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheberrecht² § 87 Rz 30; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 21; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 50, 51; *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (789); OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*: »präventiv-pönaler Charakter«); OGH 24. 11. 1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlats – MR 1999, 171 (*Walter*).

206 OGH 24. 11. 1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlats – MR 1999, 171 (*Walter*).

207 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/13 f; *F. Bydlinski*, System 187 f; *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (787 ff), der aber betont, dass im Schadenersatzrecht auch zahlreiche Ausdrucksformen des Präventionsgedankens gegenwärtig sind und de lege ferenda einen Strafschaden für bestimmte Fälle befürwortet.

über *punitive damages*²⁰⁸ einerseits und aufgrund des Einflusses der Rechtsökonomik²⁰⁹ andererseits auch in Österreich erwogen wurde, die Präventions- und Sanktionsfunktion des Schadenersatzrechts in den Vordergrund stellen,²¹⁰ steht doch jedenfalls auf dem Boden des derzeitigen positiven Rechts fest, dass das österreichische Schadenersatzrecht auf dem Ausgleichsgedanken basiert.²¹¹ Der Ausgleichsgedanke bildet daher die Leitlinie für Grund und Umfang des Schadenersatzes.²¹² Nur sekundär dient das Schadenersatzrecht der Prävention,²¹³ und die Sanktionierung gilt lediglich als Nebenwirkung des Ausgleichs, soweit nämlich der Schädiger durch den gegen ihn gerichteten Ersatzanspruch belastet und damit »gestraft« wird. Zwar besteht die Ersatzpflicht je nach Verschulden in geringerem oder größerem Umfang (§§ 1323, 1324 ABGB), aber auch hier ist der damit verbundene pönale Effekt²¹⁴ nur Begleiterscheinung der unterschiedlichen Schwere der Zurechnungsgründe bei der Bemessung des Ersatzes für einen tatsächlich eingetretenen Schaden. Für sich alleine sind weder Prävention noch Sanktion ausreichend, um einen Schadenersatzanspruch zu begründen.²¹⁵

Die Ausgleichsfunktion rechtfertigt einen Schadenersatzanspruch freilich nur dann, wenn ein Schaden tatsächlich eingetreten ist, und sie beschränkt die Höhe des Ersatzes auf jene des Schadens.²¹⁶ *Koziol* kritisierte die immaterialgüterrechtliche Schadenspauschale daher ursprünglich²¹⁷ unter Berufung auf *F. Bydlinski*²¹⁸ als eine mit den schadenersatzrechtlichen Grundsätzen gänzlich unvereinbare Strafvorschrift.²¹⁹

208 Ablehnend *Koziol*, Grundfragen Rz 3/11 ff; *Koziol*, Louisiana Law Review 68 (2008) 755; *Koziol/Wilcox*, Punitive damages; *F. Bydlinski*, ACP 204 (2004) 309 (343 ff); befürwortend *Kocholl*, Punitive damages in Österreich; *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785.

209 *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (789); *Reiter*, wbl 2014, 71 (76 f); kritisch *Koziol*, Grundfragen Rz 3/14 ff.

210 So etwa *Kletecka* in seiner Antrittsvorlesung an der Universität Salzburg, dazu das Rechtspanorama in der Presse vom 22. 4. 2008 und *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785; vgl auch *Poduschka*, RechtsBlatt 2013/19/02.

211 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/1 ff, 3/1 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/1, 1/13.

212 *Koziol*, Grundfragen Rz 3/2.

213 *Koziol*, Grundfragen Rz 3/5; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/15 ff.

214 Diesen hebt *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (787) hervor.

215 *Koziol*, Grundfragen Rz 3/5, 3/11 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/16 f.

216 *Koziol*, Grundfragen Rz 5/1.

217 Aufgrund einer kritischen Auseinandersetzung mit dem deutschen Diskurs über den doppelten Schadenersatz (in Form des GEMA-Zuschlags, vgl etwa *Dreier*, Kompensation und Prävention, 193 ff) relativierte er sein Urteil später, dazu gleich im Folgenden.

218 *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 31 f.

219 *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ 238.

Das österreichische Recht kenne neben Bereicherungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen keine privaten Ansprüche auf einen »Strafschaden« mit pönalem Charakter. Die Grundwertungen des österreichischen Privatrechts würden es nicht erlauben, dem Verletzten einen Vermögensvorteil zuzuwenden, den er weder verloren noch sonst je erlangt hätte. Habe der Geschädigte keinen Verlust erlitten und der Eingreifende auch keinen Vorteil erlangt, so werde im österreichischen Recht ein Schutz nur über Strafen gewährt, die aber dem Strafrecht unterlägen und nicht dem Verletzten zufließen.²²⁰

Dieser Kritik begegneten die immaterialgüterrechtliche Literatur und die Rechtsprechung in Österreich zum einen mit dem Hinweis auf das Auftreten ganz spezifischer Beweisschwierigkeiten bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten, auf die das allgemeine Schadenersatzrecht nicht zugeschnitten sei.²²¹ Zum anderen würden sich Immaterialgüterrechte durch besondere Verletzlichkeit und spezifische Verletzungsfolgen auszeichnen, wofür das allgemeine, auf körperliche Sachen zugeschnittene Schadenersatzrecht keinen wirksamen Rechtsschutz gewähre.²²² Für beide Probleme schaffe der Pauschalersatz Abhilfe. Im Folgenden werden diese Argumente näher analysiert.

b. *Herkömmliche Rechtfertigung des Pauschalersatzes*

(i.) *Beweisschwierigkeiten bei Immaterialgüterrechtsverletzungen*

Zunächst sei auf das Argument der Beweisschwierigkeiten eingegangen. Die immaterialgüterrechtliche Literatur rechtfertigt den Pauschalersatz mit der besonderen Schwierigkeit, bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten eine über die nicht bezahlte Nutzungsgebühr hinausgehende Vermögensbeeinträchtigung nachzuweisen. Die nicht bezahlte

220 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (55).

221 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (57f); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (39); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 21; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 49f; *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (*Walter*).

222 *Dreier*, Kompensation und Prävention 57 ff; *Mahr*, MR 1994, 183 (183, 187, 189); *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58); *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheberrecht² § 87 Rz 28; OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*).

Nutzungsgebühr werde aber (als Ersparnisbereicherung) schon durch einen verschuldensunabhängigen Bereicherungsanspruch vergütet. De facto würden schuldige und unschuldige Verletzer somit im Ergebnis regelmäßig gleichbehandelt. Eine solche Gleichbehandlung sei aber unerwünscht und lasse sich durch den Pauschalersatz verhindern.²²³ Auch die Materialien zum UrhG rechtfertigen den § 87 Abs 3 UrhG mit diesem Argument.²²⁴ Schwierig sei der Beweis insbesondere deshalb, weil bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten als konkreter Schaden regelmäßig nur ein entgangener Gewinn in Form eines Umsatzrückganges in Betracht komme. Der Rechtsinhaber begegne daher allen Schwierigkeiten, die der Nachweis eines entgangenen Gewinns mit sich bringt. So könne ein Umsatzrückgang immer eine Vielzahl von Ursachen haben und der Nachweis der Kausalität einer bestimmten Immaterialgüterrechtsverletzung dafür sei kaum möglich.²²⁵

Dieser Argumentation lassen sich aus der Perspektive der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik folgende Einwände entgegengehalten:

Koziol hat dargelegt, dass sich die genannten Beweisprobleme nicht auf Verletzungen von Immaterialgüterrechten beschränken, da in einigen Bereichen des allgemeinen Schadenersatzrechts (etwa bei kredit-schädigenden Äußerungen im Sinne des § 1330 Abs 2 ABGB oder bei der Verunstaltung eines Menschen im Sinne des § 1326 ABGB) die Schadensberechnung mindestens ebenso schwierig sei.²²⁶ Dieser Einwand vermag allerdings das Argument der Beweisproblematik nicht völlig zu entkräften. Er wirft im Gegenteil die Frage auf, ob nicht über das Immaterialgüterrecht hinaus Lösungen gesucht werden müssen. Dass eine solche Lösung auch im Pauschalersatz liegen kann, ist damit noch nicht ausgeschlossen.

Allerdings gibt es für das Beweisproblem andere, systemkonformere Lösungen. So wäre an eine Vermutungsregel zugunsten des Geschädigten zu denken, die dann, wenn erwiesenermaßen kein Schaden vorliegt,

223 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (57f); *Mahr*, MR 1994, 183 (188); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (39); *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 49f; *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (*Walter*).

224 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 177.

225 *Dreier*, Kompensation und Prävention 70.

226 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (55).

auch keinen Schadenersatzanspruch gewährt.²²⁷ Auch die im Wettbewerbsrecht entwickelte Rechtsprechung zum Beweis eines Schadens könnte Abhilfe schaffen. Danach muss der Verletzte die hohe Wahrscheinlichkeit eines eingetretenen Schadens dartun und der Verletzer den Gegenbeweis dafür erbringen, dass kein Schaden eingetreten sein kann. Gelingt dieser Gegenbeweis, wird kein Schadenersatzanspruch gewährt; gelingt er nicht, ist der Schaden nach § 273 ZPO festzusetzen.²²⁸ Zwar entspricht der Nachweis einer hohen Wahrscheinlichkeit grundsätzlich ohnehin dem Regelbeweismaß der ZPO.²²⁹ Doch dürfte der OGH im Hinblick auf die typischen Beweisschwierigkeiten bei Wettbewerbsverletzungen²³⁰ die Anforderungen an den Nachweis des Schadens bewusst nicht zu streng setzen. Dies zeigt etwa die Arbeitsbauernbundkalender-Entscheidung, der folgender Sachverhalt zugrunde lag:²³¹

X verwendete rechtswidriger Weise den Namen des Verlages A für ein Produkt, das auch der Verlag A selbst herausgab. Damit kamen zwei gleiche Produkte auf den Markt, von denen scheinbar beide vom Verlag A stammten. A beehrte Schadenersatz und brachte vor, der Missbrauch seines Verlagsnamens habe zu einer Störung der Bezugsquellen, Marktverwirrung und einer Absatzminderung geführt. Dem OGH genügte dieses Vorbringen, um dem Verlag Ersatz für entgangenen Gewinn zuzusprechen. Denn es sei ausreichend, dass der Verletzte »die Richtung andeutet und dartut, dass ein Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten ist. Es ist dann Sache des Verletzers durch Gegenbeweis darzutun, dass ein Schaden nicht eingetreten sein kann.« Erbringe der Verletzer keinen entsprechenden Gegenbeweis, bestimme sich die Höhe des Ersatzes nach § 273 ZPO.

Läge nun ein Fall vor, in dem nicht ein Name, sondern eine registrierte Marke rechtswidrig gebraucht wurde, wäre die Frage zu stellen, ob die im Wettbewerbsrecht entwickelte Beweiserleichterung nicht auch hier ausreichend Abhilfe für Beweisschwierigkeiten schaffen könnte.

227 So auch *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (55).

228 OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189, zustimmend *Rummel* in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 303; OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40.

229 *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 16 Rz 35; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 166 ZPO Rz 11.

230 Explizit OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189; OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40.

231 OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189.

In der Mittelschulatlus-Entscheidung würde sie freilich keinen Ersatz rechtfertigen, weil nicht einmal die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts vorgebracht oder gar nachgewiesen wurde. In der WIN-Entscheidung müsste die Künstlerin vorbringen und nachweisen, dass ihr durch das Weglassen ihres Namens ein Werbeeffect entgangen ist, der mit großer Wahrscheinlichkeit zu weiteren Aufträgen geführt hätte. Der Schaden bestünde demnach in einem entgangenen Gewinn. Die Zeitung müsste ihrerseits beweisen, dass ein solcher Schaden nicht eingetreten sein kann, was ihr aber nur schwer gelingen dürfte. Das Gericht hätte in der Folge die Schadenshöhe nach § 273 ZPO zu bestimmen.

Das Beweisproblem alleine kann daher den Pauschalersatz in seiner konkreten Ausgestaltung nicht rechtfertigen, da zur bloßen Lösung von Beweisschwierigkeiten keine Ansprüche erforderlich sind, die sich vom tatsächlichen Schadenseintritt und der tatsächlichen Beweislage gänzlich loslösen. De lege lata könnte die im Wettbewerbsrecht entwickelte Beweisregelung helfen, de lege ferenda wäre eine Vermutungsregel durchaus ausreichend.

Zudem ließe sich auf der Basis des § 273 Abs 1 ZPO eine Lösung entwickeln.²³² Zur Erläuterung dieser Lösung ist etwas weiter auszuholen. Die Bestimmung sieht im Wortlaut Folgendes vor:

273. (1) Wenn feststeht, daß einer Partei der Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt [...], der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses [...] aber gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen ist, so kann das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen selbst mit Übergehung eines von der Partei angebotenen Beweises diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen. [...]

Wie die oben dargestellte WIN-Entscheidung²³³ zeigt, versteht die Rechtsprechung diese Regelung dahingehend, dass Abs 1 ausschließlich die Schadenshöhe der freien Überzeugung des Gerichts unterwirft und nur dann Anwendung findet, wenn zumindest erwiesen ist, dass überhaupt irgendein Schaden eingetreten ist.²³⁴ Namhafte Prozess-

232 Zur Bedeutung des § 273 ZPO für Schäden aus Wettbewerbsverletzungen *Rummel* in *Koziol, Haftpflichtrecht II*³ 303 f; *Rummel*, JBl 19871, 385 (393 f); *Mahr*, wbl 1994, 249.

233 OGH 12. 10. 1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*).

234 OGH 12. 10. 1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); des Weiteren OGH 12. 7. 1950, 1 Ob 391/50, SZ 23/224; OGH 23. 11. 1955, 2 Ob 623/55, JBl 1956, 180; OGH 2. 5. 1956, 3 Ob 198/56, JBl 1956, 645; OGH 30. 8. 2011, 8 Ob A 44/11w.

rechtler²³⁵ haben sich der Rechtsprechung angeschlossen. *Fasching*²³⁶ argumentiert, es sei nicht Aufgabe einer Verfahrensvorschrift, Beweisschwierigkeiten und Beweisnotstände bezüglich eines Klagsgrundes abzumildern. Vielmehr obliege es dem materiellen Recht, die Voraussetzungen der anspruchsbegründenden Norm entsprechend zu regeln oder zu ändern.

Doch unumstritten ist diese Interpretation des § 273 ZPO nicht.²³⁷ So plädieren *Koziol*²³⁸ im immaterialgüterrechtlichen und *Rummel*²³⁹ im wettbewerbsrechtlichen Kontext dafür, § 273 Abs 1 ZPO auch ohne den Nachweis eines Grunds Schadens anzuwenden, weil die Beschränkung des § 273 Abs 1 ZPO auf die Schadenshöhe zu unsachlichen Differenzierungen führen würde. So hinge in einem Fall, in dem alle Schadenersatzrechtlichen Zurechnungsvoraussetzungen erwiesen seien und nur der Schaden nicht nachweisbar sei, die Gewährung eines (womöglich sehr hohen!) Schadenersatzanspruches alleine davon ab, ob ein minimaler Schadenseintritt (ein Grunds Schaden) nachgewiesen werden könne.²⁴⁰ Tatsächlich solle aber ein Gericht in solchen Fällen immer nach freier Überzeugung einen Schadensbetrag festsetzen können – gegebenenfalls auch mit null. Voraussetzung sei allerdings – in Anlehnung an die Zurechnung bei potentieller Kausalität –, dass das rechtswidrige Verhalten für den fraglichen Schadenseintritt in hohem Maße konkret gefährlich war. Erst diese Verstärkung des Zurechnungsmoments rechtfertige es, die Voraussetzung des Schadensnachweises abzuschwächen.²⁴¹ Nur wenn der Schadensnachweis zugleich Rechtswidrigkeitsnachweis sei (weil ohne nachgewiesenen Schadenseintritt die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht feststeht), könne es sinnvoll sein, für das freie Ermessen bezüglich der Schadenshöhe auf dem Nachweis eines Grunds Schadens zu bestehen.²⁴²

235 *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Rz 15 zu § 273; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 273 Rz 1 und 6; *Fasching*, JBl 1981, 225 (227, 231, 234); *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 16 Rz 37.

236 *Fasching*, JBl 1981, 225 (239).

237 Zur Diskussion im Kontext des § 16 UWG vgl *Mahr*, wbl 1994, 249 und *Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG § 16 Rz 37 ff.

238 *Koziol* in *ÖSGRUM* 19, 51 (59).

239 *Rummel* in *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II² 303; *Rummel*, JBl 1971, 385 (391, 393 f).

240 *Koziol* in *ÖSGRUM* 19, 51 (59); *Rummel*, JBl 1971, 385 (393).

241 *Koziol* in *ÖSGRUM* 19, 51 (60).

242 *Rummel* in *Koziol*, *Haftpflichtrecht* II² 303.

Für den positiven Schaden wird diese Lösung auf eine teleologische Interpretation des § 273 ZPO gestützt. Der »erste Schilling« spiele nämlich bei reinen Vermögensschäden nicht dieselbe Rolle, die ihm sonst zukomme. § 273 ZPO habe reale Schäden vor Augen und sei daher bei reinen Vermögensschäden entsprechend zu beschränken. Für den im Falle von Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen viel häufiger eingeklagten entgangenen Gewinn folge die erweiterte Anwendung des § 273 ZPO schon aus der Definition dieses Schadens. Es handle sich um den Entgang jenes Vorteils, der nach dem Laufe der Dinge zu erwarten war. Demnach sei auch hinsichtlich des »Ob« nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil möglich. Umso sinnwidriger wäre es, im Rahmen des § 273 ZPO für den »ersten Euro« strengere Maßstäbe anzulegen als für alle weiteren.²⁴³ Gemäß dieser Interpretation wäre für die entgangene Werbewirkung bei fehlender Künstlernennung (§ 20 UrhG) die Darlegung ausreichend, ein Gewinn sei nach dem Lauf der Dinge zu erwarten gewesen. Das Gericht müsste in der Folge auf der Grundlage des § 273 ZPO einen Ersatz (gegebenenfalls auch mit null) festsetzen.

Dies zeigt, warum die bei einer Verletzung von Immaterialgüterrechten bestehenden besonderen Beweisschwierigkeiten nur eine Vermutungsregel rechtfertigen und bereits de lege lata durch systemkonforme und ausgewogene Lösungen zu bewältigen sind. Zu nennen ist insbesondere eine entsprechende Interpretation des § 273 ZPO, die es dem Gericht erlaubt, auch bei nicht nachgewiesenem Grundschaden einen Ersatz nach freier Überzeugung zu bestimmen. Die Beweisprobleme alleine überzeugen daher als Rechtfertigung für den Pauschalersatz nicht.

(ii.) Verletzlichkeit von Immaterialgütern und Verletzungsfolgen

Die zweite Argumentationlinie zur Rechtfertigung des pauschalen Schadenersatzes knüpft an die Überlegung an, dass Immaterialgüterrechte verletzlicher sind als materielle Rechtsgüter und Eingriffe in Immaterialgüterrechte spezifische Verletzungsfolgen auslösen, für die das Schadenersatzrecht keinen ausreichenden Schutz gewährt.

Die besondere Verletzlichkeit rühre daher, dass mehrere Personen Immaterialgüterrechte an einem oder auch mehreren Orten gleichzeitig

²⁴³ Rummel in Koziol, Haftpflichtrecht II³ 303 f; Rummel, JBl 1971, 385 (393 f).

nebeneinander nutzen können. Die eine schließt die andere Nutzung nicht aus. Zur Verletzung eines Immaterialgüterrechts sei regelmäßig nicht der Eingriff in einen fremden Herrschaftsbereich oder die Wegnahme einer körperlichen Sache notwendig. Eine rechtswidrige Nutzung lasse sich daher schwerer unterbinden und feststellen, als bei körperlichen Sachen, die sich versperren und einschließen ließen. Dazu kämen die zunehmend leichteren Vervielfältigungs- und Verbreitungsmöglichkeiten für Immaterialgüterrechte. Benutzung und Eingriffe in diese Rechte würden sich daher – wenn überhaupt – nur mit großem Aufwand kontrollieren und unterbinden lassen.²⁴⁴

Die besonderen Verletzungsfolgen, mit denen der Pauschalersatz gerechtfertigt wird, lassen sich anhand der dargestellten Mittelschulatlases-Entscheidung²⁴⁵ veranschaulichen: Abgesehen von der nicht geleisteten Nutzungsgebühr, die für die Verwendung des Atlas zu bezahlen gewesen wäre, ist der Verlegerin des Atlas nach dem Schadensverständnis der Differenzrechnung in der Tat kein Schaden entstanden. Die Verlegerin konnte ihre Urheberrechte am Atlas trotz des Eingriffs selbst nutzen und weitere Nutzungsrechte vergeben. Denkt man den rechtswidrigen Eingriff hinweg, so ändert sich dadurch nichts am Vermögensstand der Verlegerin.²⁴⁶ Letztlich ist es also in diesem Fall kein Beweisproblem, das nach allgemeinen Schadensregeln einen Ersatzanspruch ausschließen würde, sondern es ist tatsächlich kein Schaden eingetreten. Der einzige bei der Verlegerin entstehende Nachteil ist, dass ihr keine Nutzungsgebühr bezahlt wurde. Hierbei handelt es sich aber eben nicht um einen Schaden des Verletzten, sondern um eine Ersparnisbereicherung des Verletzers, die der Verletzte mit einem verschuldensunabhängigen Bereicherungsanspruch herausverlangen kann. Die kritisierte Gleichbehandlung von schuldigen und unschuldigen Verletzern ist daher nicht nur Folge von Beweisschwierigkeiten, sondern ergibt sich häufig unabhängig von der Beweisfrage aus den tatsächlichen Verletzungsfolgen im Immaterialgüterrecht. Steht aber dem Verletzten im Regelfall ohnehin nur ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf eine angemessene Nutzungsgebühr zu, dann geht der

244 *Dreier*, Kompensation und Prävention 57 ff; *Mahr*, MR 1994, 183 (183, 187, 189); *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58); *Walter*, Glosse zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99; OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*).

245 OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – MittelschulAtlas – MR 1999, 171 (*Walter*).

246 Dazu allgemein *Dreier*, Kompensation und Prävention 66 f.

Verletzer mit seinem rechtswidrigen Eingriff keinerlei Risiko ein. Selbst wenn er entdeckt würde, müsste er nur das leisten, was er auch bei rechtmäßiger Nutzung hätte leisten müssen.

Aufgrund dieser Problematik wird argumentiert, das auf körperliche Sachen zugeschnittene Schadenersatzrecht mit seiner Schadensdefinition gewähre den Immaterialgüterrechten keinen wirksamen Schutz.²⁴⁷ Der Pauschalersatz sei eine Reaktion der immaterialgüterrechtlichen Dogmatik auf dieses Unvermögen des allgemeinen Schadenersatzrechts. Erst die Aussicht, unabhängig von einem realen, neben der fehlenden Nutzungsgebühr eintretenden Schaden mit dem Pauschalbetrag belastet zu werden, nehme potentiellen Eingreifern das finanzielle Interesse an unrechtmäßigen Eingriffen.²⁴⁸ Der »präventiv-pönale« Charakter des Pauschalersatzes sei somit der »einzig effiziente Schutz von Immaterialgüterrechten, die für jedermann leicht zugänglich sind und ohne eine entsprechend scharfe, »abschreckende« Sanktion verhältnismäßig risikolos widerrechtlich zum eigenen Vorteil genutzt werden können.«²⁴⁹

Diese Argumentation spricht meines Erachtens das charakteristische Ziel des Strafschadenersatzes an: Der Schädiger soll dem Geschädigten aus Präventions- und Sanktionsgründen einen über den Schaden hinausgehenden Betrag leisten. Der Sache nach geht es hierbei gerade nicht um den »Ersatz« eines Schadens sondern um reine Strafzahlungen mit Präventionswirkung.²⁵⁰ Strafschadenersatzansprüche werden (wie der immaterialgüterrechtliche Pauschalersatz) häufig mit dem Argument gerechtfertigt, sie seien in bestimmten Fällen notwendig, weil das Schadenersatzrecht (selbst in Verbindung mit anderen, etwa bereicherungsrechtlichen, Ansprüchen) nicht in der Lage sei, einen wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten und verhaltenssteuernd zu wirken.²⁵¹ Gegen dieses Argument lassen sich aus allgemeiner zivilrechtsdogmatischer Sicht aber folgende Einwände erheben:

Im Hinblick auf den Pauschalersatz stellt sich die Frage, ob tatsächlich allein bei Immaterialgüterrechten die Schwierigkeit des Schutzes

247 *Dreier*, Kompensation und Prävention 69; *Walter*, MR 1995, 2 (4).

248 *Mahr*, MR 1994, 183 (187); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (47).

249 *Mahr*, Glosse zu OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793.

250 *Kozioł*, Grundfragen 2/55; *Kozioł*, RdW 2007/226, 198 (200); *Reischauer* in Rummel II/2a³ § 1293 Rz 1c; *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785.

251 *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785; *Behr*, ZJW 3/2010, 293 (294); kritisch dazu *F. Bydłinski* in FS *Kozioł* 1355 (1362); *Kozioł*, Grundfragen 2/56; *Kozioł*, RdW 2007/226, 198 (200).

und der Eingriffskontrolle besteht, die eine immaterialgüterrechtliche Sonderregelung erforderlich macht. *Koziol* weist darauf hin, dass auch der Schutz körperlicher Sachen nicht notwendig einfacher sei als jener von Immaterialgüterrechten, wofür der Schutz von Liegenschaften vor Immissionen ein Beispiel sei. Zudem habe das allgemeine Schadenersatzrecht durchaus nicht nur den Schutz körperlicher Sachen im Auge. Beispielsweise schütze das ABGB auch den Namen, die Ehre und den wirtschaftlichen Ruf. Der Schutz dieser Güter sei durchaus mit ähnlichen Schwierigkeiten verbunden wie der Schutz von Immaterialgüterrechten.²⁵² Aus diesem Argument folgt freilich nicht notwendig die Ablehnung des Pauschalersatzes bei Immaterialgüterrechten. Es ließe sich ebenso der Schluss ziehen, ein Pauschalersatz oder eine ähnliche Form des Strafschadens sei auch für andere, durch das allgemeine Schadenersatzrecht nur schwer zu schützende Güter notwendig.

Der Strafschaden begegnet aber grundlegenden systematischen Bedenken. Insbesondere *F. Bydlinski* und *Koziol* haben umfassend dargelegt, warum Straf- und Präventionszwecke dem österreichischen Privatrecht insgesamt fremd sind und dem Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung widersprechen.²⁵³ Das Prinzip der zweiseitigen Rechtfertigung basiere auf der Grundüberlegung, dass privatrechtliche Vorschriften immer das Verhältnis zwischen mindestens zwei Rechtssubjekten betreffen. Dies gelte ebenso für jene Normen, die absolute Rechte einräumen und ihren deliktischen Schutz regeln. Konkrete Ansprüche entstünden auch hier gegen bestimmte Subjekte, die sich in einer besonderen, tatbestandlich erfassten Beziehung zum jeweiligen Rechtsgut befänden. Jede privatrechtliche Normierung wirke sich daher zwischen mindestens zwei tatbestandlich bestimmten Personen aus. Gleichzeitig gehe jede Zuteilung von Rechten an bestimmte Subjekte mit unmittelbaren Pflichten für andere Subjekte einher.²⁵⁴ Daher genüge es nicht, rechtliche Regelungen einseitig mit der vielleicht evidenten Verdienstlichkeit, Schutzbedürftigkeit oder auch Verwerflichkeit eines bestimmten beteiligten Subjekts zu rechtfertigen. »Vielmehr muss bei der Zumessung von Rechten und Pflichten, Lasten und Vorteilen, Risiken und Chancen zwischen gleichberechtigten Privatrechts-

252 *Koziol* in ÖSGRUM 19, 51 (55).

253 *F. Bydlinski*, System 92 ff; *F. Bydlinski*, AcP 204 (2004) 343 ff; *F. Bydlinski* in FS *Koziol* 1355 (1362 ff); *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (200); *Koziol*, Grundfragen 2/58 f.

254 *F. Bydlinski*, System 93; *F. Bydlinski* in FS *Koziol* 1355 (1355 ff).

subjekten immer auch gefragt werden, warum die negativen Folgen zu lasten eines Beteiligten gerade zu positiven Folgen für *diesen* anderen Beteiligten führen sollen, und umgekehrt.«²⁵⁵

Daher gehe es für das Schadenersatzrecht nicht darum, zu bestimmen, ob einem Geschädigten »an sich« ein Schadenersatzanspruch zukomme. Um eine Schadenersatzpflicht zu begründen und zu rechtfertigen, sei vielmehr zu fragen, ob und warum der Geschädigte gerade ein bestimmtes anderes Subjekt zum Ersatz dieses bestimmten Schadens heranziehen können soll. Dasselbe gelte auch umgekehrt: Es sei nicht nur zu begründen, warum ein bestimmtes Rechtssubjekt eine bestimmte Pflicht habe, sondern auch, warum diese Pflicht gerade gegenüber dem anderen bestimmten Rechtssubjekt bestehe. Eine Argumentation, die sich nur auf eines der beiden Subjekte – einerlei ob Schädiger oder Geschädigter – beziehe, könne eine schadensrechtliche Normierung nicht rechtfertigen.

Auf das pönale Moment im pauschalen Schadenersatz angewendet, bedeutet diese Überlegung Folgendes: Auch wenn noch so starke Argumente der Prävention und Verhaltenssteuerung für eine Sanktion gegen den Täter sprechen, so vermögen diese allein noch nicht zu rechtfertigen, einem anderen Privatrechtssubjekt eine Strafsumme zukommen zu lassen, die keinerlei Nachteil ausgleicht, sondern vielmehr zu einem glücklichen Zugewinn führt.²⁵⁶

Des Weiteren argumentiert *Koziol*, das Zivilverfahren sei ungeeignet, um Sanktionen mit strafrechtlichem Charakter durchzusetzen, zumal das Zivilrecht nicht dem auf dem strafrechtlichen Grundsatz *nulla poena sine lege* beruhenden Erfordernis der Bestimmtheit der Straftatbestände und des Strafausmaßes entspreche.²⁵⁷

Gegen diese gewichtigen Argumente wurde meines Erachtens bis dato kein überzeugender Einwand erhoben. Verstanden als Strafschadenersatz wäre der Pauschalersatz im österreichischen Recht tatsächlich ein systemwidriger Fremdkörper. Er widerspräche Grundsätzen des Schadenersatzrechts sowie der Unterscheidung zwischen zivil- und strafrechtlichen Regelungsmechanismen.

255 *F. Bydlinski* in FS *Koziol* 1355 (1356); *F. Bydlinski*, AcP 204 (2004) 309 (342).

256 *F. Bydlinski* in FS *Koziol* 1355 (1363); *F. Bydlinski*, AcP 102 (2004) 309 (344); *F. Bydlinski*, System 94; *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (200); *Koziol*, Grundfragen 2/59.

257 *Koziol*, Grundfragen 2/62.

(iii.) Ausgleichsleistung für Überwachungs- und Verfolgungskosten

Tatsächlich ist die Interpretation als Strafschaden aber nicht die einzig denkbare Interpretation des Pauschalersatzes, sondern es ist noch eine andere Lesart möglich. In diesem Sinne versuchte die deutsche Literatur, den vom BGH in Form der GEMA-Pauschale zugesprochenen doppelten Schadenersatz²⁵⁸ mit dem Ausgleichsprinzip zu rechtfertigen.²⁵⁹ In kritischer Auseinandersetzung mit dem deutschen Diskurs²⁶⁰ schreibt *Koziol* in seinen Grundfragen wohl ganz bewusst im Konjunktiv, dass die doppelten Lizenzgebühren als Strafschadenersatz verstanden werden *könnten*.²⁶¹

Die Materialien zum Urheberrechtsgesetz, das als erstes immaterialgüterrechtliches Sondergesetz den Pauschalersatz einführte, sprechen weder von Strafschaden noch von Buße oder Pönale. Sie argumentieren auch nicht mit der Erforderlichkeit einer Strafzahlung aus Gründen der Prävention oder Sanktion, sondern rechtfertigen den pauschalen Schadenersatz mit den Schwierigkeiten des Schadensbeweises und mit dem Argument, das »Treiben« der Verletzer zwingt den Berechtigten zu kostspieligen Überwachungsmaßnahmen.²⁶² Dieses Argument impliziert die Vorstellung, der Pauschalersatz solle Überwachungskosten ausgleichen. Ähnlich beschreibt *Mahr* die Verdopplung des angemessenen Entgelts als einen Aufschlag, der kostspielige Überwachungsmaßnahmen kompensiere.²⁶³

In eine entsprechende Richtung weist der europäische Gesetzgeber. Artikel 13 der RechtsdurchsetzungsRL 2004/48/EG²⁶⁴ verpflichtet die Mitgliedstaaten zum einen sicherzustellen, dass der Verletzer dem Rechtsinhaber einen angemessenen Schadenersatz leistet und eröffnet ihnen zum anderen ausdrücklich die Möglichkeit, diesen Schadenersatz als Pauschalbetrag auszugestalten. Erwägungsgrund 26 hält dazu

258 BGH 10.03.1972, I ZR 160/70 – Doppelte Tarifgebühr – GRUR 1973, 379, dazu gleich näher im Folgenden.

259 Vgl insbesondere *Dreier*, Kompensation und Prävention 293 ff.

260 Vgl die Auseinandersetzung mit *Dreier*, Kompensation und Prävention und anderen deutschen Autoren in *Koziol*, Grundfragen rz 2/56 ff.

261 *Koziol*, Grundfragen 2/56, Hervorhebung durch die Autorin.

262 *Dillenz*, Materialien zum UrhG, 176 f.

263 *Mahr*, MR 1994, 183 (187).

264 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl 2004 L 195/16.

fest, Artikel 13 beschreibe eine *Ausgleichsentschädigung*²⁶⁵, die zum Beispiel jene Kosten berücksichtigt, die der Rechteinhaber für die Feststellung der Rechtsverletzung und ihrer Verursacher aufwenden musste. Die DurchsetzungsRL zwingt daher nicht zur Einführung eines Strafschadenersatzes, verbietet dies aber auch nicht.²⁶⁶

Hat der Pauschalersatz also doch Ausgleichsfunktion, weil er Kontroll- und Überwachungskosten ersetzt? Mit diesem Argument wird in Deutschland die GEMA-Pauschale gerechtfertigt. Nach der Rechtsprechung des BGH kann die GEMA – zum Ausgleich ihrer Kosten für die Unterhaltung einer Überwachungsorganisation, die sich mit der Feststellung von Urheberrechtsverletzungen befasst – auf den normalen Tarif einen Zuschlag von 100 % verlangen.²⁶⁷ Die Parallele zum österreichischen Pauschalersatz ist offensichtlich. Da weder Gesetz noch Materialien von »Strafschaden« sprechen, ist die österreichische Rechtslage für diese Argumentation durchaus offen. Die große Schwachstelle dieser Begründung besteht aber darin, präventive Überwachungs- und allgemeine Kontrollmaßnahmen (»Vorsorgekosten«) gegen potentielle Schädiger unter Verursachungsgesichtspunkten im Regelfall nicht zurechnen zu können. Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel lässt sich nämlich die konkrete Verletzungshandlung durchaus wegdenken, ohne dass sich an diesen Aufwendungen etwas ändert.²⁶⁸ Anderes gilt nur für jene Kosten, die für die Überführung und Verfolgung des konkreten Schädigers entstanden sind,²⁶⁹ etwa weil Arbeitszeit für die Verfolgung aufgewendet wurde, die ansonsten einer gewinnbringenden Tätigkeit hätte gewidmet werden können. Nach Ansicht des OGH kann es sachgerecht sein, diesen (aber eben nur diesen konkret durch den Täter verursachten) Schaden mit einem Pauschalbetrag abzugelten.²⁷⁰

Das Problem des kausalen Zusammenhangs stellt sich gleichermaßen in Deutschland. Die deutsche Literatur hat allerdings einen Weg gefunden, den doppelten Schadenersatz als Überwachungs- und Ver-

265 Hervorhebung durch die Autorin.

266 *Bodewig/Wandtke*, GRUR 2008, 220 (222).

267 BGH 10. 03. 1972, I ZR 160/70 – Doppelte Tarifgebühr – GRUR 1973, 379; dazu *Dreier*, Kompensation und Prävention 293 ff; *Welser*, ÖJZ 1977, 645 (646).

268 *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1323 Rz 24; *Harrer* in Schwimann VI³ § 1323 Rz 40; *Welser*, ÖJZ 1977, 645 (645, 646); *Dreier*, Kompensation und Prävention 295, 296 f.

269 *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1323 Rz 24; *Harrer* in Schwimann VI³ § 1323 Rz 40; *Welser*, ÖJZ 1977, 645 (645, 651); *Dreier*, Kompensation und Prävention 299 f.

270 OGH 10. 11. 1967, 2 Ob 292/67, SZ 40/144.

folgungskosten mit dem Ausgleichsprinzip in Einklang zu bringen. So argumentiert *Dreier*, bei Immaterialgüterrechtsverletzungen sei es gerechtfertigt, auch solche Kosten ersatzfähig zu machen, die nicht allein im Hinblick auf den jeweils konkreten Verletzungsfall getätigt wurden. Verletzungsfälle würden hier typischerweise massenhaft auftreten und jener Apparat, der zur Feststellung des Vorliegens einer Verletzung notwendig sei, bestimme im Regelfall gleichzeitig die Identität des konkreten Verletzers nach Tatbegehung.²⁷¹ Fallen aber Vorsorge- und konkrete Verfolgungskosten zusammen, so laufe die Frage nach der Höhe des Ersatzes daher auf die Frage hinaus, wie der Ersatz des vom Verletzten insgesamt geleisteten Aufwandes gerade für den konkret festgestellten Verletzungsfall beschränkt werden solle. Eine Beschränkung auf 100 % des Wertes des verletzten Gutes (wie bei der GEMA-Pauschale) sei angemessen, weil aus ökonomischer Sicht der zum Schutz mehrerer Rechte und Güter insgesamt betriebene Aufwand nur dann sinnvoll sei, wenn er den aus einer Verletzung zu erwartenden Nachteil nicht übersteige. Bezogen auf ein konkretes Nutzungsrecht ergebe sich die Obergrenze daher aus seinem Nutzungswert und dieser wiederum ließe sich mit der üblichen Lizenzgebühr gleichsetzen. Es sei daher gerecht, die übliche Lizenzgebühr als Obergrenze festzulegen.²⁷²

Dieser Argumentation folgend handelt es sich beim Pauschalersatz nicht um eine Strafe, sondern um eine Ausgleichsleistung. Allerdings kann dieselbe Problemlage, die im Immaterialgüterrecht eine weitere Zurechnung von Überwachungs- und Verfolgungskosten rechtfertigen soll, auch bei körperlichen Sachen auftreten. Die Problematik lässt sich daher verallgemeinern. *Koziol*²⁷³ verweist – an *Dreiers* Argumentation anknüpfend – auf das Schwarzfahren in Massenverkehrsmitteln. Auch in diesem Fall könnten bestimmte Güter gleichzeitig von vielen Personen benutzt werden, wobei im Falle unberechtigter Benutzung der Eigentümer regelmäßig keinen nachweisbaren Schaden erleide. Die über das Bereicherungsrecht durchsetzbare Zahlung des angemessenen Benützungsentgelts alleine entfalte aber keine Präventivwirkung. Akzeptiere man die Verdopplung des bei rechtmäßigem Vorgehen zu bezahlenden Entgelts im Immaterialgüterrecht, so müsse man dies daher auch in all jenen Fällen tun, in denen ein fremdes Gut unbefugt

271 *Dreier*, Kompensation und Prävention 301.

272 *Dreier*, Kompensation und Prävention 302.

273 *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (200); *Koziol*, Grundfragen 2/56.

genutzt wird, dieses Gut besonders leicht verletzt werden kann und die nachträgliche Bezahlung des Benutzungsentgelts keine Präventivwirkung entfaltet. Mittlerweile sieht § 15 EisBFBG²⁷⁴ ausdrücklich die Möglichkeit vor, von Schwarzfahrern einen erhöhten Fahrpreis und sonstige Nebengebühren einzuheben, begrenzt diesen allerdings nicht auf das doppelte Benutzungsentgelt.

Nur unter diesen engen Voraussetzungen lässt sich daher ein pauschaler Schadenersatzanspruch in der Höhe des doppelten gewöhnlichen Nutzungsentgelts mit dem Ausgleichsgrundsatz vereinbaren.²⁷⁵ Diese Voraussetzungen beschreiben wohl einen engen, nicht aber einen auf das Immaterialgüterrecht begrenzten Bereich. Dort wird die zugrundeliegende Problematik zwar besonders augenfällig, sie tritt aber auch im allgemeinen Schadenersatzrecht auf. Wenn ein Pauschalanspruch dem Grunde und/oder der Höhe nach über diese Voraussetzungen hinausgeht, nimmt er hingegen eindeutig Strafcharakter an. Das bedeutet nicht, dass dies nicht rechtspolitisch wünschenswert wäre, jedoch ist das Schadenersatzrecht nicht der richtige Ort dafür.

Dieser Ansatz bringt nicht nur den immaterialgüterrechtlichen Pauschalersatz mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht in Einklang, sondern verallgemeinert die ihm zugrundeliegende Problematik, um auf dem Boden allgemeiner schadenersatzrechtlicher Prinzipien eine Problemlösung zu formulieren. Die sonderprivatrechtliche Regelung geht damit im allgemeinen Schadenersatzrecht auf und inspiriert dessen Verfeinerung und Ausdifferenzierung.

(iv.) Andere Schadenersatzbestimmungen mit Pönalcharakter

In Literatur und Judikatur findet sich noch eine weitere Argumentation, die belegen soll, dass der Pauschalersatz mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht in Einklang steht. Diese Argumentation geht zwar von einer mit dem Ausgleichsprinzip nicht zu rechtfertigenden Präventions- und Straffunktion des Pauschalersatzes aus, nimmt aber unter Verweis auf die Vertragsstrafe an, dass ein Anspruch mit Strafcharakter im österreichischen Privatrecht keineswegs systemfremd sei. Weil nach der zu § 1336 ABGB ergangenen Judikatur der Anspruch auf Vertragsstrafe

274 Eisenbahn-Beförderungs- und Fahrgastretegesetz, BGBl I Nr 40/2013, dazu *Reiter*, wbl 2014,71 (76 f), der diese Bestimmung als Strafschadenersatz qualifiziert.

275 *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (200 f); *Koziol*, Grundfragen 2/57.

auch dann besteht, wenn gar kein Schaden entstanden ist, sei ein pauschaler Ersatzanspruch ohne Ausgleichsfunktion der österreichischen Rechtsordnung keineswegs fremd.²⁷⁶

Dieses Argument ist meines Erachtens wenig überzeugend. Zunächst besteht ein grundlegender Unterschied, weil es sich bei der Vertragsstrafe um einen vertraglichen, beim immaterialgüterrechtlichen Pauschalersatz hingegen um einen gesetzlichen Schadenersatz handelt.

Des Weiteren ist zwar nach herrschender Ansicht die Vertragsstrafe als pauschalierter Schadenersatz sowohl von der Höhe des tatsächlichen Schadens²⁷⁷ als auch vom tatsächlichen Schadenseintritt unabhängig.²⁷⁸ Die Vertragsstrafe soll nämlich – und hier besteht tatsächlich eine Parallele zum immaterialgüterrechtlichen Pauschalersatz – nicht nur präventiv ein rechtmäßiges Handeln des Schuldner bewirken,²⁷⁹ sondern auch durch Pauschalierung dem Gläubiger im Falle einer verschuldeten Vertragsverletzung den Schadensnachweis abnehmen und so die Durchsetzung eines Ausgleichs für seine Schäden erleichtern.²⁸⁰

Allerdings ist die Vertragsstrafe gemäß § 1336 Abs 2 ABGB dann, wenn sie vom Schuldner als übermäßig erwiesen wird, vom Gericht zu mäßigen. Darin liegt ein weiterer Unterschied gegenüber dem immaterialgüterrechtlichen Pauschalersatz, zumal auf das richterliche Mäßigungsrecht im Vorhinein nicht verzichtet werden kann.²⁸¹ Die Tatsache, dass überhaupt kein Schaden eingetreten ist, kann sogar zur Mäßigung der Vertragsstrafe auf null und damit zur Abweisung der Klage

-
- 276 OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 30; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 51; zum deutschen Recht *Dreier*, Kompensation und Prävention 535 ff.
- 277 *Harrer* in *Schwimann VI*³ § 1336 Rz 9; OGH 30.3.1981, 6 Ob 820/80, SZ 54/46; OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OGH 23.2.1999, 1 Ob 58/98f, ecolex 2000/5.
- 278 *Danzl* in *KBB*⁵ § 1336 Rz 2; *Harrer* in *Schwimann VI*³ § 1336 Rz 9; *Reischauer* in *Rummel II/2b*³ § 1336 Rz 1, 5; OGH 28.4.1998, 1 Ob 372/97f, immolex 1998/177; OGH 30.3.1981, 6 Ob 820/80, SZ 54/46; OGH 4.4.1990, 9 ObA 78, 79/90, Arb 10.854; OGH 11.8.1993, 9 Ob A 187/93, wbl 1994, 23; OGH 23.2.1999, 1 Ob 58/98f, ecolex 2000/5; ablehnend *Hoyer*, ecolex 1999, 387.
- 279 *Danzl* in *KBB*⁵ § 1336 Rz 2; *Reischauer* in *Rummel II/2b*³ § 1336 Rz 1; *Hoyer*, ecolex 1999, 387; OGH 23.2.1999, 1 Ob 58/98f, ecolex 2000/5; OGH 24.10.2005, 9 Ob A 136/055y, infas 2006, A 18; OGH 20.12.1989, 9 Ob A 346/89, ecolex 1990, 304.
- 280 *Danzl* in *KBB*⁵ § 1336 Rz 2; *Harrer* in *Schwimann VI*³ § 1336 Rz 1; *Hoyer*, ecolex 1999, 387; OGH 23.2.1999, 1 Ob 58/98f, ecolex 2000/5.
- 281 *Harrer* in *Schwimann VI*³ § 1336 Rz 24; *Reischauer* in *Rummel II/2b*³ § 1336 Rz 12; OGH 14.1.1981, 1 Ob 725/80, SZ 54/4 mwN; OGH 30.3.1981, 6 Ob 820/80, SZ 54/46.

führen.²⁸² Zwar ist eine Abweisung in diesem Fall nicht zwingend, weil die Vertragsstrafe eben nicht nur dem Ausgleich, sondern auch der Verstärkung und Befestigung vertraglicher Verpflichtungen dienen soll. Dennoch gilt der fehlende Schadenseintritt allgemein als eines der wichtigsten Mäßigungskriterien.²⁸³ Früher galt das Mäßigungsrecht dann nicht, wenn die Vertragsstrafe von einem Vollkaufmann im Rahmen seines Unternehmens versprochen wurde.²⁸⁴ Allerdings hatte der Vollkaufmann schon damals die Möglichkeit, sich auf die Sittenwidrigkeit der Vertragsstrafe zu berufen²⁸⁵ und seit der ersatzlosen Aufhebung des § 348 HGB gilt das Mäßigungsrecht auch für Unternehmer zwingend.²⁸⁶

Das Argument, das österreichische Recht kenne auch andere Schadenersatznormen mit Strafcharakter, ließe sich mittlerweile besser mit dem erwähnten § 15 EISBFG belegen, der für Schwarzfahren ein erhöhtes Fahrgeld zulässt und dieses nicht einmal mit dem Doppelten des gewöhnlichen Fahrpreises beschränkt.²⁸⁷

4. Der entgangene Gewinn

§ 87 Abs 1 UrhG, § 150 Abs 1 PatG, § 53 Abs 1 MSchG und § 16 Abs 1 UWG erweitern den Umfang der Ersatzpflicht, indem sie schon bei leichter Fahrlässigkeit auch den entgangenen Gewinn zusprechen.²⁸⁸ Die allgemeinen Regeln der §§ 1323, 1324 ABGB hingegen gewähren einen solchen nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz. Allgemein wird zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn insoweit differenziert, als der positive Schaden in einer nachteiligen Veränderung von etwas schon Vorhandenem besteht, der entgangene Gewinn hingegen

282 *Danzl* in KBB⁵ § 1336 Rz 2; *Harrer* in Schwimann VI³ § 1336 Rz 25; OGH 24.10.2005, 9 Ob A 136/05y, infas 2006, A 18; OGH 20.12.1989, 9 Ob A 346/89, ecolex 1990, 304; OGH 26.6.2002, 9 Ob A 140/02g, infas 2002, A 103.

283 OGH 11.8.1993, 9 Ob A 187/93, wbl 1994, 23; OGH 20.12.1989, 9 Ob A 346/89, ecolex 1990, 304; OGH OGH 24.10.2005, 9 Ob A 136/05y, infas 2006, A 18. Zu den Kriterien des Mäßigungsrechts OGH 4.4.1990, 9 Ob A 78, 79/90.

284 § 348 HGB, dazu *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1336 Rz 17 und *Harrer* in Schwimann VI³ § 1336 Rz 23.

285 *Danzl* in KBB⁵ § 1336 Rz 13; *Schauer*, ÖJZ 2006, 64 (73).

286 *Danzl* in KBB⁵ § 1336 Rz 1, 10; *Schauer*, ÖJZ 2006, 64 (73).

287 So auch *Reiter*, wbl 2014, 71 (76 f).

288 Explizit § 87 Abs 1 UrhG; zu § 53 MSchG: *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 27, 30.

in der »Entrückung künftiger Vorteile«,²⁸⁹ Hinter diesem gegliederten Schadensbegriff, der den Umfang des Ersatzes von der Schwere der Zurechnungsgründe abhängig macht, steht die – nicht unumstrittene – Grundidee, der Geschädigte werde durch den Verlust schon vorhandener Güter schwerer getroffen, als durch den Entgang erhoffter Zuflüsse.²⁹⁰

Die Haftungserweiterung im Immaterialgüterrecht wird damit gerechtfertigt, dass bei einer Verletzung von Immaterialgüterrechten als konkreter Schaden regelmäßig nur ein entgangener Gewinn in Betracht komme. Insbesondere spielen die verlorenen oder eingeschränkten Erwerbchancen eine wichtige Rolle, sei es in Form eines konkret entgangenen Geschäfts oder in Form eines allgemeinen Umsatzrückgangs.²⁹¹

Gerade bei den Erwerbchancen ist es schwierig, positiven Schaden und entgangenen Gewinn voneinander abzugrenzen. Die überwiegende Lehre und die Rechtsprechung nehmen an, die Vernichtung einer Erwerbchance stelle einen positiven Schaden dar, soweit es sich um eine rechtlich gesicherte Position handle oder sie im Zeitpunkt der Schädigung einen selbständigen Vermögenswert bilde.²⁹² Die Rechtsprechung stellt der rechtlich gesicherten Position den Fall einer sich nach Ansicht des Verkehrs mit hoher Wahrscheinlichkeit verwirklichenden Gewinnchance gleich.²⁹³ Dem Ersatz des entgangenen Gewinnes kommt daher nur noch geringe Bedeutung zu. Insbesondere qualifiziert der OGH auch einen aus einer Unternehmenstätigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit erzielbaren Verdienst als positiven Schaden.²⁹⁴ Beim entgangenen Gewinn handelt es sich hingegen um Gewinnaussichten des Verletzten, deren Realisierung zwar nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu

289 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/34; *Karner* in KBB⁵ § 1293 Rz 4; *Reischauer* in Rummel II/2a³ § 1293 Rz 2, 12.

290 *Koziol*, Grundfragen Rz 5/38.

291 *Dreier*, Kompensation und Prävention 70.

292 *Koziol*, Grundfragen Rz 5/38; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/37; *Karner* in KBB⁵ § 1293 Rz 4; *Kodek* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1293 Rz 16; OGH 23.5.1956, 2 Ob 267/56, SZ 29/43; OGH 31.10.1956, 2 Ob 553/56, EVBl 1957/62; OGH 22.11.1960, 4 Ob 541/60, EvBl 1961/114; OGH 12.1.1967, 2 Ob 355/66, SZ 40/2; OGH 28.1.1971, 1 Ob 279/70, EvBl 1971/307; OGH 13.1.1983, 6 Ob 507/83, EvBl 1983/72.

293 OGH 24.6.1992, 1 Ob 15/92, JBl 1993, 399; OGH 17.10.1995, 1 Ob 20/94, ecolex 1996, 168 (*G. Graf*); OGH 24.3.1998, 1 Ob 315/97y, EvBl 1998/119 (verst Senat); ablehnend *Harrer* in Schwimann VI³ § 1293 Rz 13.

294 OGH 10.4.1991, 1 Ob 36/89, JBl 1991, 796.

erwarten ist, die aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten.²⁹⁵

Die weite Interpretation des positiven Schadens in der Rechtsprechung verringert die praktische Bedeutung der abweichenden Regelung im Immaterialgüterrecht.²⁹⁶ Allerdings bleiben trotz des weiten Verständnisses des positiven Schadens viele Erwerbchancen, die typischerweise durch die Verletzung von Immaterialgüterrechten vereitelt werden, dem Bereich des entgangenen Gewinns zugeordnet. Es handelt sich dabei um solche Erwerbchancen, deren Realisierung zwar nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, aber nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten war. Ein Beispiel dafür ist der entgangene Werbeeffect, den die Künstlerin in der oben dargestellten WIN-Entscheidung²⁹⁷ vorbringt. Auch solche Schäden, die aus der missbräuchlichen Verwendung von Marken und Kennzeichen folgen können, weil Kunden, die wahrscheinlich beim Verletzten gekauft hätten, nun aufgrund der durch den Missbrauch verursachten Verwechslung vom Verletzer erworben haben, sind als entgangener Gewinn einzustufen.²⁹⁸ Insofern ist die Ausdehnung des Ersatzumfanges trotz des weiten Verständnisses des positiven Schadens praktisch relevant.

Nicht zum entgangenen Gewinn gehört jene Lizenzgebühr, die der Verletzer für eine rechtmäßige Nutzung hätte zahlen müssen, die er aber durch die rechtswidrige Nutzung erspart hat. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine Ersparnisbereicherung des Verletzters, die durch den bereicherungsrechtlichen Anspruch auf ein angemessenes Entgelt vergütet wird.²⁹⁹ Dieser Unterschied zwischen Schaden und Bereicherung zeigt sich anschaulich in der oben erörterten Fußballwerbung I-Entscheidung:³⁰⁰ Hier argumentierte der Kläger, bei jenem Entgelt, das ihm für eine rechtmäßige Nutzung zu zahlen gewesen wäre, handle es sich um einen entgangenen Gewinn. Der OGH lehnte diese schaden-

295 *Kodek* in *Kletecka/Schauer ABGB-ON*¹⁺⁰² § 1293 Rz 16; *Koziol*, *Haftpflichtrecht* I³ Rz 2/79; OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40.

296 So auch *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, *marken.schutz* § 53 Rz 31.

297 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*).

298 Vgl etwa OGH 11.6.1952, 1 Ob 437/52 – Otto B – SZ 25/161; OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189; OGH 15.12.1954, 3 Ob 670/54 – Anton Wildgans – SZ 27/316.

299 *F. Bydlinski*, *Schadensverursachung* 31 f; *Walter*, MR 1995, 2 (3); OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118; *Nowakowski*, ÖBl 1983, 97 (97); dazu auch oben I.C.1.

300 OGH 16.2.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118.

ersatzrechtliche Qualifikation unter Verweis auf die Differenzrechnung zu Recht ab (vgl oben, Punkt I).

Ob es gerechtfertigt ist, für leicht fahrlässig begangene Immaterialgüterrechtsverletzungen den Umfang des Ersatzes auf den entgangenen Gewinn auszudehnen, ist umstritten.³⁰¹ *Koziol* hält diese Erweiterung für unbegründet.³⁰²

Im Immaterialgüterrecht wird sie mit dem Argument gerechtfertigt, der materielle Wert eines Immaterialgüterrechts bestehe primär in seiner Verwertungsmöglichkeit, weshalb der entgangene Gewinn die typische Folge einer Immaterialgüterrechtsverletzung sei und der »eigentlichen Schadloshaltung« kaum ein Anwendungsbereich verbleibe.³⁰³ Vor allem für die gewerblichen Schutzrechte (aber auch im Urheberrecht³⁰⁴) wird zudem darauf hingewiesen, dass Immaterialgüterrechte regelmäßig in Unternehmensbetrieben verletzt würden, weshalb eine besondere Nähe zum Unternehmensrecht und zu § 349 UGB gegeben sei, der ebenfalls schon bei leichter Fahrlässigkeit einen Ersatzanspruch für den entgangenen Gewinn gewähre.³⁰⁵ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass § 349 UGB nur für Schadenersatzansprüche aus beiderseitig unternehmensbezogenen Geschäften gilt, nicht jedoch für die außervertragliche Haftung eines Unternehmers.³⁰⁶

Des Weiteren wird zur Rechtfertigung auf das Naheverhältnis zum UWG verwiesen, welches in § 16 Abs 1 den Ersatz des entgangenen Gewinnes gleichermaßen unabhängig vom Grad des Verschuldens vorsehe.³⁰⁷ Auch dieses Argument ist schwach, denn nur weil auch das UWG eine entsprechende Regelung enthält, ist diese Regelung noch nicht gerechtfertigt – es sei denn, für das UWG läge bereits eine überzeugende Begründung vor.

301 Eine Zusammenfassung des Meinungsstreits findet sich bei *Ostheim* in GS Schön herr 367.

302 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237, 242; *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199).

303 *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (38); *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 5; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 3; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 30; *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (59); *Dreier*, Kompensation und Prävention 70; ebenso aus zivil- und unternehmensrechtlicher Perspektive *Ostheim* in GS Schön herr 367 (374).

304 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 5.

305 *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 30; *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (59); *Schönherr/Kucsko*, GRURInt 1980, 282 (284), alle noch zur Vorgängerbestimmung des § 349 UGB, Art 8 Nr 2 EVHGB.

306 *Ostheim* in GS Schön herr 367 (368 f); *Kramer/Rauter* in Straube, UGB I⁴ § 349 Rz 8.

307 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (59).

Gleichwohl haben die Verweise auf UGB und UWG etwas für sich, müssen aber vertieft werden. Diesbezüglich läßt sich auf *Ostheim* zurückgreifen, dem folgend das Unternehmensrecht (damals noch Handelsrecht) darauf reagiere, dass der »Gewinn« für den Geschädigten eine besondere, über den normalen bürgerlichen Rechtsverkehr hinausgehende Bedeutung habe. Wenn sich der Schädiger – wie regelmäßig bei einer rechtsgeschäftlichen Haftung – darauf einrichten könne, sei es daher gerechtfertigt, einen weitergehenden, auch den entgangenen Gewinn umfassenden Ersatz zuzuerkennen. Nicht gerechtfertigt sei diese Haftung allerdings, soweit – wie im deliktischen Bereich – der Schädiger erst im Nachhinein feststellen könne, dass er einen Unternehmer geschädigt hat. Diese Wertungen rechtfertigen auch die weitere Haftung im Immaterialgüterrecht, weil der Schädiger auch dort weiß, dass er durch Eingriff in ein Immaterialgüterrecht typischerweise dessen Verwertungsmöglichkeit beeinträchtigt.³⁰⁸

Dieses Ergebnis lässt sich dahingehend verallgemeinern, dass es dann gerechtfertigt ist, entgangenen Gewinn schon bei leichter Fahrlässigkeit zuzusprechen, wenn der Geschädigte ganz besonders auf den entgangenen Gewinn angewiesen oder der entgangene Gewinn für eine bestimmte Rechtsverletzung geradezu typisch ist, sofern der Schädiger gleichzeitig mit der weitergehenden Haftung rechnen muss. Damit wurde wiederum ein immaterialgüterrechtlicher Anspruch, der auf den ersten Blick dem allgemeinen Schadenersatzrecht widerspricht, letztlich zum Impuls für dessen Ausdifferenzierung und Fortentwicklung.

5. Anspruchsberechtigte

Zum Abschluss dieses Kapitels wird die Aktivlegitimation für die immaterialgüterrechtlichen Ersatzansprüche analysiert. Dafür ist zunächst wesentlich, dass die schadenersatzrechtlichen Regelungen des Immaterialgüterrechts auf der absoluten, also auf der von jedermann zu beachtenden Wirkung der Immaterialgüterrechte beruhen.³⁰⁹ Ein Immaterialgüterrecht kann sogar als ein Eigentumsrecht im weitesten Sinne betrachtet werden.³¹⁰ Weil es sich um absolute Herrschaftsrechte

308 *Ostheim* in GS Schönherr 367 (369 ff).

309 Ausdrücklich OGH 24.2.2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (*Gamerith*).

310 *Kozioł*, Haftpflichtrecht II² 247; *F. Bydlinski*, System 526 f.

handelt, verpflichtet der schuldhaft eingegriffene Inhaber des Immaterialgüterrechts, ebenso wie jeder andere Eingriff in absolut geschützte Rechte, zum Ersatz des durch die Rechtsverletzung verursachten Schadens. Gläubiger des Schadenersatzanspruchs ist daher primär der Inhaber des Immaterialgüterrechts.³¹¹

Aber auch ein Lizenznehmer kann anspruchsberechtigt sein, soweit er mit der Lizenz ein absolutes Recht erwirbt.³¹² Die ältere Judikatur nahm ohne weiteres an, dass der ausschließliche Lizenznehmer ein absolutes und der einfache Lizenznehmer nur ein relatives Recht habe,³¹³ während die Literatur diese Annahme relativierte.³¹⁴ Wie bereits dargelegt,³¹⁵ sagt die Unterscheidung zwischen ausschließlicher und einfacher Lizenz an sich noch nichts über die Absolutheit des Rechts aus. »Ausschließlich« bezeichnet nur das Recht des Lizenznehmers, das Immaterialgüterrecht allein und unter Ausschluss Dritter zu nutzen, während er bei einer einfachen Lizenz andere Lizenznehmer neben sich dulden muss. Zwar sollte dem Lizenznehmer mit einer ausschließlichen Lizenz wohl tatsächlich im Regelfall ein absolutes Recht eingeräumt werden. Zielt doch eine ausschließliche Lizenz gerade darauf ab, nur dem Lizenznehmer ein Nutzungsrecht zu gewähren und andere von der Nutzung auszuschließen, weswegen eine rechtswidrige Nutzung gerade (oder sogar nur) den Interessen des Lizenznehmers entgegenläuft. Eine einfache Lizenz hingegen hat nicht zum Inhalt, andere von der Benutzung auszuschließen. Doch ist nach *Koziol* eben nur im Regelfall, nicht aber notwendigerweise von einem absoluten Recht des ausschließlichen Lizenznehmer auszugehen.³¹⁶

Diesem Grundsatz entspricht die jüngere Rechtsprechung zum Markenrecht, wonach die Unterscheidung zwischen den beiden Lizenzarten lediglich eine Vermutungsregel begründe. Bei einer ausschließlichen Lizenz sei im Zweifel von einem absoluten, bei einer einfachen Lizenz im Zweifel von einer bloß relativen Rechtsstellung auszugehen.

311 OGH 24. 2. 2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (*Gamerith*).

312 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 250, 251, 252; *Nauta*, ÖJZ 2003/22; *Schanda*, ÖBl 2001, 151; OGH 17. 8. 2000, 4 Ob 178/00f – BOSS-Brillen II – ÖBl 2001, 89.

313 OGH 17. 8. 2000, 4 Ob 178/00f – BOSS-Brillen II – ÖBl 2001, 89; OGH 15. 2. 2000, 4 Ob 29/00v – BOSS-Brillen I – ÖBl 2000, 178.

314 *Schanda*, ÖBl 2001, 151; *Schanda*, GRURInt 1994, 275 (281) zum deutschen Recht; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 246 ff; *Hiti*, ÖBl 2003/2.

315 Vgl oben, I.E.3.

316 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 252.

Es sei aber nicht ausgeschlossen, dass auch der einfache Lizenznehmer ein absolutes Recht erwirbt.³¹⁷ Diese Grundsätze lassen sich entsprechend auf das Patentrecht übertragen.³¹⁸

Dies läuft letztlich auf das meines Erachtens sachlich richtige Ergebnis hinaus, dem ausschließlichen Lizenznehmer hinsichtlich der Absolutheit seines Rechts keine Beweislast aufzubürden. Für den Verletzer wird es im Regelfall kaum möglich sein zu beweisen, dass das ausschließliche Lizenzrecht nicht absoluter Natur ist. Der einfache Lizenznehmer ist zwar von der Geltendmachung des Schadenersatzrechts nicht grundsätzlich ausgeschlossen, muss aber die Einräumung eines absoluten Rechts trotz einfacher Lizenz behaupten und beweisen.

Im Urheberrecht hingegen bleibt es aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung des § 24 UrhG bei der strikten Unterscheidung zwischen ausschließlichem Werknutzungsrecht und einfacher Werknutzungsbevollmächtigung, weil hier feststeht, dass es sich (nur) beim Werknutzungsrecht um ein absolutes Recht handelt.³¹⁹ Allein der Werknutzungsberechtigte kann daher Schadenersatzansprüche geltend machen.³²⁰

D. Zwischenresümee

Bei einem schuldhaften Eingriff in ein Immaterialgüterrecht hat der Verletzte einen pauschalen Ersatzanspruch in Höhe der doppelten Benützungsg Gebühr, ohne dafür einen Schaden nachweisen zu müssen. Dieser Anspruch besteht selbst dann, wenn feststeht, dass kein Schaden eingetreten ist. Es genügt das Vorliegen einer schuldhaften Eingriffshandlung.

Neben dem Anspruch auf Pauschalersatz besteht ein Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Vermögensschadens. Dieser hat aber nur dann

317 OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t – Brühl – ÖBl 2003/23; OGH 16.12.2003, 4 Ob 213/03g – Canon – ÖBl 2004/33.

318 *Nauta*, ÖJZ 2003/22.

319 *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht, § 26 Anmerkung 3; *Bücheler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 24 Rz 7.

320 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 13 und § 87 Rz 3; *Dilenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG²* § 86 Rz 6 und § 87 Rz 21; OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlant – MR 1999, 171 (*Walter*); OGH 12.4.1983, 4 Ob 319/83 – Schlümpfe – ÖBl 1984, 26; OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94 – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87.

praktische Bedeutung, wenn er den Pauschalersatz übersteigt oder der Pauschalersatz nicht zur Anwendung kommt, was nach der Rechtsprechung etwa bei der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten oder der Verletzung des Bildnisschutzes der Fall ist. Der Ersatz eines tatsächlichen Vermögensschadens folgt weitgehend den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen und setzt daher neben dem Nachweis der schuldhaften Verletzungshandlung auch den Nachweis von Schaden und Kausalität voraus. Vom allgemeinen Schadenersatzrecht unterscheidet er sich dem Umfang nach, weil er (anders als §§ 1323, 1324 ABGB) schon bei leichter Fahrlässigkeit den entgangenen Gewinn umfasst.

Der Pauschalersatz hat große praktische Bedeutung, gehört aber gleichzeitig zu den umstrittensten Ansprüchen des immaterialgüterrechtlichen Schadenersatzes, da er jedenfalls auf den ersten Blick dem Ausgleichsgedanken als einem zentralen Grundsatz des österreichischen Schadenersatzrechts widerspricht. Demnach hat ein Schadenersatzanspruch – wie der Name schon sagt – die Funktion, einen Schaden zu ersetzen. Der Pauschalanspruch steht hingegen unabhängig vom Vorliegen eines Schadens zu und hat daher – so scheint es – Strafcharakter. Er dient folglich nicht dem Ausgleich, sondern ausschließlich der Prävention und der Sanktion. Mit dem österreichischen Schadenersatzrecht ist ein solcher Strafschadenersatz nicht vereinbar.

Wiederum kann aber der Versuch unternommen werden, den Widerspruch zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht durch Verallgemeinerung der Sonderregel zu lösen. Dafür ist es notwendig, das zur punktuellen Pauschalregelung im Sonderprivatrecht führende Problem zu generalisieren und auf der Basis allgemeiner Regelungen eine Lösung zu suchen. Diese Regel ist schließlich der jeweiligen Sonderregel gegenüber zu stellen.

Hinsichtlich des Pauschalersatzes zeigt diese Vorgehensweise, dass der Pauschalersatz nicht zwingend als Strafschaden interpretiert werden muss. Er kann vielmehr als echter Ausgleich für Überwachungs- und Verfolgungsmaßnahmen verstanden werden. Zwar sind Überwachungskosten mangels Kausalität grundsätzlich nicht zu ersetzen, soweit es sich nicht um konkrete, nach Tatbegehung anfallende Verfolgungsmaßnahmen handelt. Sofern aber Vorsorgekosten und konkrete Tatverfolgungskosten zusammenfallen, ist es auch im allgemeinen Schadenersatzrecht vertretbar, von dieser Unterscheidung abzugehen. Diese Voraussetzungen liegen gerade im Immaterialgüterrecht

vor, aber nicht nur hier. Allgemein formuliert handelt sich um den Fall typischerweise massenhaft auftretender Verletzungen, bei denen der zur Feststellung des Vorliegens einer Verletzung notwendige Apparat gleichzeitig die Identität des konkreten Verletzers bestimmt. Da sich in dieser Situation allgemeine Vorsorge- und konkrete Verfolgungskosten decken, lässt es sich mit schadenersatzrechtlichen Grundprinzipien rechtfertigen, den Aufwand für die Überwachung anteilig auf den konkreten Verletzer zu überwälzen.

Damit ist nicht nur der Pauschalersatz mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht in Einklang gebracht. Vielmehr wurde der anfänglich angenommene Widerspruch zum allgemeinen Schadenersatzrecht zum Anstoß dafür, das hinter dem Pauschalersatz stehende Grundproblem als allgemeines – nicht notwendigerweise auf das Immaterialgüterrecht beschränktes – Problem neu zu formulieren und auf dem Boden allgemeiner schadenersatzrechtlicher Wertungen eine Lösung für dieses Grundproblem zu entwickeln.

Auf ähnliche Art und Weise lässt sich die weitergehende Haftung für den entgangenen Gewinn sowohl mit dem allgemeinen Zivilrecht in Einklang bringen, als auch zum Ausgangspunkt für die Formulierung einer allgemeinen zivilrechtlichen Regelung nehmen. Diese besagt, dass es immer dann gerechtfertigt ist, entgangenen Gewinn schon bei leichter Fahrlässigkeit zuzusprechen, wenn der Geschädigte ganz besonders auf den entgangenen Gewinn angewiesen oder der entgangene Gewinn für eine bestimmte Rechtsverletzung geradezu typisch ist, soweit der Schädiger mit der weitergehenden Haftung rechnen muss.

Man erreicht auf diesem Wege nicht nur, dass sich der immaterialgüterrechtliche Pauschalersatz und die Haftung für den entgangenen Gewinn ins Gesamtsystem einfügen, sondern auch eine weitere Verfeinerung und Ausdifferenzierung des Gesamtsystems. Freilich kann diese Methodik bei anderen Sonderregelungen auch zum Ergebnis führen, dass die jeweilige Regelung im Sinne allgemeiner Systemkohärenz zu korrigieren ist. Aber auch in diesem Fall kann sie eine Quelle für das allgemeine Zivilrecht sein, seine eigenen Regeln näher auszdifferenzieren.

□

III. Gewinnherausgabe

A. Allgemeines

Gemäß § 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit b PatG, § 53 Abs 2 Z 2 MSchG und § 9 Abs 4 UWG kann der Verletzte bei einem rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in sein Immaterialgüter- beziehungsweise Kennzeichenrecht die Herausgabe des Gewinns verlangen, den der Verletzer durch den Eingriff erzielt hat. Im Urheberrecht gebührt der Anspruch auf Gewinnherausgabe nur für rechtswidrige Eingriffe in Verwertungsrechte, nicht jedoch für die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten.

Der Gewinnherausgabeanspruch wird mit dem Argument gerechtfertigt, der Verletzer solle keinen Gewinn behalten, der auf einer unbefugten Nutzung fremder Ausschließlichkeitsrechte beruhe.³²¹ Er besteht alternativ zum Anspruch auf Ersatz des (tatsächlichen) Vermögensschadens und zur Schadenspauschale. Wie der Ersatz des Vermögensschadens ist er nur insoweit praktisch relevant, als er den pauschalen Ersatz übersteigt.³²² Die einschlägigen Bestimmungen lauten wie folgt:

§ 87 UrhG. [...] (4) Wird ein Werk der Literatur oder Kunst unbefugt vervielfältigt oder verbreitet, so kann der Verletzte, dessen Einwilligung einzuholen gewesen wäre, auch die Herausgabe des Gewinnes verlangen, den der Schädiger durch den schuldhaften Eingriff erzielt hat. Dasselbe gilt, wenn eine Darbietung dem § 68 Abs. 1 zuwider oder eine Rundfunksendung dem § 76a zuwider auf einem Bild- oder Schallträger verwertet oder wenn ein Lichtbild dem § 74 zuwider oder ein Schallträger dem § 76 zuwider vervielfältigt oder verbreitet wird. Dasselbe gilt schließlich, wenn das Zurverfügungstellungsrecht (§ 18a) verletzt wird.

§ 150 Abs 2 PatG. Bei schuldhafter Patentverletzung kann der Verletzte an Stelle des angemessenen Entgeltes (Abs. 1) a) Schadenersatz einschließlich des ihm entgangenen Gewinnes oder b) die Herausgabe

321 *Guggenbichler* in Kuckso, marken.schutz § 53 Rz 39.

322 *Guggenbichler* in Kuckso/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 37; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 26; *Walter*, Glosse zu OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91 – MR 1993, 20; *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58).

des Gewinnes, den der Verletzer durch die Patentverletzung erzielt hat, verlangen.

§ 53 MSchG. [...] (2) Bei schuldhafter Markenverletzung kann der Verletzte anstelle des angemessenen Entgelts 1. Schadenersatz einschließlich des ihm entgangenen Gewinnes oder 2. die Herausgabe des Gewinnes, den der Verletzer durch die Markenverletzung erzielt hat, verlangen.

§ 9 UWG. [...] (4) Ergänzend zu den nach diesem Bundesgesetz aus Verletzungen von Kennzeichenrechten nach den Abs. 1 und 3 erwachsenden Ansprüchen gelten § 150 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b (angemessenes Entgelt und Herausgabe des Gewinns) sowie die §§ 151 (Rechnungslegung) und 152 Abs. 2 (Unternehmerhaftung) des Patentgesetzes 1970, BGBl. Nr. 259, in der jeweils geltenden Fassung, sinngemäß. [...]

§ 34 MuSchG. Wer in seinem Musterrecht verletzt worden ist, hat Anspruch auf [...] angemessenes Entgelt, Schadenersatz, [...] Die §§ 147 bis 154 des Patentgesetzes 1970 gelten sinngemäß.

§ 41 GMG. Wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden ist, hat Anspruch auf [...] angemessenes Entgelt, Schadenersatz, [...] Die §§ 147 bis 157 des Patentgesetzes 1970 sind sinngemäß anzuwenden.

Der Anspruch auf Gewinnherausgabe setzt zwar Verschulden voraus und scheint auch seiner systematischen Stellung nach ein Schadenersatzrechtlicher Anspruch zu sein. Allerdings richtet er sich nicht wie das Schadenersatzrecht darauf, einen Vermögensnachteil des Verletzten auszugleichen, sondern darauf, eine Vermögensvermehrung des Verletzers zu vergüten. Denn beim abzuschöpfenden Gewinn handelt es sich um keinen entgangenen Gewinn des Verletzten, sondern um einen Zuegewinn des Verletzers. Von seinen Rechtsfolgen her ist der Anspruch auf Gewinnabschöpfung daher kein Schadenersatz- sondern ein Bereicherungsanspruch.³²³ Allerdings widerspricht er nicht nur dem allgemeinen Grundsatz, wonach Bereicherungsansprüche nicht von einem Verschulden abhängen,³²⁴ sondern überschreitet auch den bereicherungsrecht-

323 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 34 (Anspruch aus unechter Gechäftsführung); *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 28; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 40; *Schönherr/Kucsko*, GRURInt 1980, 282 (284). Näheres dazu unten, III.C.1.

324 Zu diesem bereicherungsrechtlichen Grundsatz allgemein *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 2; OGH 16. 6. 1971, 7 Ob 105/71, SZ 44/92; OGH 20. 11. 1999, 8 Ob 300/98w, JBl 1999, 736 (*Apathy*); *Koziol*, Grundfragen Rz 2/27; *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (176).

lichen Zuweisungsgehalt.³²⁵ Dies macht es äußerst schwierig, den Anspruch in die Dogmatik von Schadenersatz- und Bereicherungsrecht einzuordnen.³²⁶ Literatur und Rechtsprechung beschreiben ihn auch als (verschuldensabhängigen) Anspruch aus unechter Geschäftsführung (was einen bereicherungsrechtlichen Charakter nahelegt).³²⁷

B. Fallbeispiel

Die nachstehend dargestellte UWG-Entscheidung³²⁸ erging zwar noch, bevor mit § 9 Abs 4 der Anspruch auf Gewinnherausgabe ins UWG übernommen wurde,³²⁹ sie zeigt aber sehr anschaulich die Problematik, die zur Entwicklung der heutigen Gewinnabschöpfung führte. Ihr lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der R-Verlag gab im Auftrag des X den Österreichischen Arbeitsbauernbundkalender für das Jahr 1947 heraus. Der R-Verlag und X vereinbarten, dass die nicht verkauften Exemplare im Folgejahr mit einem neuen Kalendarium versehen und wieder vom R-Verlag als Kalender 1948 herausgegeben und vertrieben werden sollten. Entgegen dieser Vereinbarung brachte X den Kalender 1948 – ohne den R-Verlag hinzuzuziehen – selbst heraus, verwendete aber trotzdem jenen Einband, der den Vermerk »R-Verlag« trug. Erst später konnte der R-Verlag selbst den Kalender herausgeben und vertreiben. Der R-Verlag klagte X wegen widerrechtlicher Verwendung des Namens »R-Verlag«, begehrte Schadenersatz und brachte vor, dass ihm durch Störung der Bezugsquellen, Marktverwirrung und Absatzminderung ein Schaden entstanden sei.

Nach Ansicht des OGH war das Vorbringen des R-Verlages ausreichend, um Ersatz für entgangenen Gewinn zu gewähren. Es genüge, wenn der Verletzte »die Richtung andeutet und dartut, dass ein Schaden mit hoher Wahrscheinlichkeit eingetreten ist. Es ist dann Sache

325 Dazu näher unten, III.C.2.b.

326 Dazu Näheres unten, III.C.1.

327 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 34; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 28; *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 87 Rz 16; *Walter*, MR 1995, 2 (4f); OGH 14.10.1986, 4 Ob 276/86 – Werbeunterlagen – RdW 1987, 51; OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – ÖBl 1976, 124.

328 OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189.

329 Mit BGBl I Nr 111/1999, 900 wurde § 9 Abs 4 UWG eingefügt, der unter Verweis auf § 150 Abs 2 lit b PatG einen entsprechenden Anspruch auf Gewinnherausgabe vorsieht.

des Verletzers durch Gegenbeweis darzutun, dass ein Schaden nicht eingetreten sein kann.« Die konkrete Schadenshöhe sei in der Folge nach § 273 ZPO zu bestimmen.

Für die Schadensbemessung bei Kennzeichenverletzungen gäbe es, so der OGH, drei Berechnungsmethoden: Der Verletzte könne erstens den entgangenen Gewinn fordern, dessen Nachweis jedoch (trotz der vom OGH entwickelten Beweiserleichterung) häufig auf erhebliche Schwierigkeiten stoße. Zweitens könne der Verletzte eine angemessene Gebrauchsgebühr (Lizenz) verlangen.³³⁰ Drittens könne der Verletzte den vom Verletzer gemachten Gewinn (seine »Bereicherung«) herausfordern. Dies gelte, obwohl das UWG keinen dem PatG und dem UrhG entsprechenden Gewinnherausgabeanspruch vorsehe, da »angenommen werden muß, dass der geschädigte Wettbewerber der Verwendung seines Zeichens nur dann zugestimmt hätte, wenn ihn der Eingreifer am durch den Eingriff erzielten Gewinn beteiligt hätte. Stimmt der vom Verletzer erzielte Gewinn mit dem Verlust des Verletzten überein, dann handelt es sich [dabei] um den Ersatz des Schadens. Ist aber dem Verletzten kein Gewinn entgangen, sondern hat nur der Verletzer einen Profit gemacht, dann handelt es sich um den Fall der reinen Bereicherung, wobei unter »Bereicherung« jede entgangene Verwertungsmöglichkeit (also schon die dem anderen entzogene Möglichkeit, seinerseits einen Gewinn zu machen) zu verstehen ist, die bei Verschulden des Verletzers gebührt.«

Nach heutiger Rechtslage wäre der Sachverhalt folgendermaßen zu beurteilen: Gemäß § 9 Abs 4 UWG stünde dem R-Verlag zunächst ein angemessenes Benützungsentgelt zu. Darüber hinaus könnte der Verlag (wenn sein Schaden dieses Entgelt übersteigt) Ersatz für seinen konkreten Schaden begehren. Einen pauschalen Ersatz wie im UrhG, PatG oder MSchG sieht § 9 UWG nicht vor. Alternativ zum Ersatz des konkreten Schadens könnte der R-Verlag nach § 9 Abs 4 UWG die Herausgabe des Gewinns fordern. Dies wäre etwa dann sinnvoll, wenn der Gewinn des X den Schaden des R-Verlages übersteigt, leichter zu beweisen ist oder wenn der R-Verlag keine Informationen über seinen Schaden und die damit verbundenen Geschäftsinterna preisgeben möchte.

330 Heute besteht Einigkeit darüber, dass es sich beim Anspruch auf eine angemessene Lizenzgebühr um einen Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB handelt, der kein Verschulden voraussetzt; vgl §§ 86 UrhG, 150 Abs 1 PatG und 53 Abs 1 MSchG. Dazu umfassend oben, I.C.1.

C. Problemfelder

1. Zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht

Die Arbeitsbauernbundkalender-Entscheidung macht deutlich, wie schwierig es ist, die Gewinnabschöpfung in die dogmatische Systematik von Schadenersatz und Bereicherung einzuordnen. So beschreibt der OGH die Gewinnherausgabe einerseits als »Schadensberechnungsmethode«, andererseits soll es sich, je nachdem, ob dem Gewinn ein tatsächlicher Schaden auf der Seite des Verletzten entspricht oder nicht, um einen schadenersatz- oder bereicherungsrechtlichen Anspruch handeln. Selbst wenn ein Bereicherungsanspruch vorläge, soll dieser aber ein Verschulden des Verletzers voraussetzen.

Der Anspruch auf Gewinnherausgabe, wie er heute in § 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit b PatG, § 53 Abs 2 Z 2 MSchG und § 9 Abs 4 UWG geregelt ist, richtet sich nicht darauf, einen beim Verletzten eingetretenen Schaden auf den Verletzer zu verschieben, sondern er schöpft den vom Verletzer unberechtigt erlangten Vorteil ab. Somit besteht dieser Anspruch unabhängig davon, ob der Verletzte einen Schaden erleidet. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob der Verletzte selbst in der Lage gewesen wäre, den Gewinn zu erzielen und dies durch die Verletzung vereitelt wurde.³³¹ Der abschöpfbare Gewinn ist daher kein entgangener Gewinn im Sinne des Schadenersatzrechts.

Folglich handelt es sich bei der Gewinnabschöpfung ihrer Zweckrichtung nach eindeutig um keinen schadenersatzrechtlichen Anspruch, da es dem Schadenersatzrecht allein darum geht, einen Schaden auszugleichen.³³² Die Ansicht, wonach die Entschädigungspflicht eine Bereicherungshaftung in sich schließt, die über das Maß des Schadens hinausgehen kann, hat sich letztlich nicht durchgesetzt.³³³ Ein ungerechtfertigt erlangter Vorteil ist nicht Anknüpfungspunkt des Schadenersatz- sondern des Bereicherungsrechts,³³⁴ das seinerseits keinen

331 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 35; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 29; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 53 Rz 40; vgl auch *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 99, 106.

332 Zur Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts etwa *Koziol*, Grundfragen Rz 2/1, 2/5, 3/2.

333 *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 23 f.

334 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/25 f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1678; *F. Bydlinky*, System 233 f; ähnlich auch *Reischauer* in Rummel II/2a³ § 1293 Rz 1c.

Schaden des Verkürzten voraussetzt.³³⁵ Im bereicherungsrechtlichen Anspruch setzt sich vielmehr ein Recht des Verkürzten fort, welches ihm bestimmte Güter und ihren Nutzen zuweist. Er folgt nicht dem Ausgleichsprinzip, sondern den Prinzipien der Rechtsfortwirkung und des Zuweisungsgehalts.³³⁶

Auf der anderen Seite widerspricht der Gewinnherausgabeananspruch dem allgemeinen Grundsatz, wonach Bereicherungsansprüche verschuldensunabhängig sind.³³⁷ Dieser Anspruch hat daher sowohl schadenersatz- als auch bereicherungsrechtliche Merkmale, ist aber gleichzeitig mit grundlegenden Prinzipien beider Rechtsgebiete unvereinbar, konkret mit der schadenersatzrechtlichen Ausgleichsfunktion und der Verschuldensunabhängigkeit des Bereicherungsrechts.³³⁸ Literatur und Rechtsprechung beschreiben ihn auch als verschuldensabhängigen Anspruch aus unechter Geschäftsführung,³³⁹ *Mahr* als »bereicherungsrechtliche Gewinnhaftung nach dem Vorbild der ›unechten Geschäftsführung‹«. ³⁴⁰ Zu dogmatischer Klarheit tragen diese Definitionen aber nicht bei, weil gerade bei der Vorteilsherausgabe der unechten Geschäftsführung wiederum auf das Bereicherungsrecht zurückgegriffen wird.³⁴¹

Immaterialgüterrechtsexperten erklären die Ambivalenz der Gewinnherausgabe mit der historisch bedingten Vermengung von bereicherungs- und schadenersatzrechtlicher Dogmatik in der immaterialgüter-

335 *Rummel* in *Rummel I*³ § 1041 Rz 5; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek IV*⁴ § 1041 Rz 2; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1678; *Koziol* in *FS F. Bydlinski 175* (176); OGH 17.3.1982, 1 Ob 555/82, SZ 55/37; OGH 29.4.1980, 4 Ob 337/80.

336 *F. Bydlinski*, System 242; *Koziol*, Grundfragen Rz 2/34 f; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek IV*⁴ § 1041 Rz 2; *Koziol* in *FS Wiegand 449* (454 f); *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 27 f, 35, 49.

337 *Apathy* in *Schwimmann/Kodek IV*⁴ § 1041 Rz 2; OGH 16.6.1971, 7 Ob 105/71, SZ 44/92; OGH 20.11.1999, 8 Ob 300/98w, JBl 1999, 736 (*Apathy*); *Koziol*, Grundfragen Rz 2/27; *Koziol* in *FS F. Bydlinski 175* (176).

338 *Dazu Koziol*, Grundfragen Rz 2/39; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 238, 241 f.

339 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 34; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 28; *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 87 Rz 16; *Walter*, MR 1995, 2 (4 f); OGH 14.10.1986, 4 Ob 276/86 – Werbeunterlagen – RdW 1987, 51; OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – öbl 1976, 124; ablehnend zu dieser Qualifikation *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 24 f.

340 *Mahr* in *ÖSGRUM* 19, 33 (47 f).

341 *Apathy* in *Schwimmann/Kodek IV*⁴ § 1040 Rz 7; *Apathy*, Verwendungsanspruch 57 ff; *Rummel* in *Rummel I*³ § 1039 Rz 7; aus der Rechtsprechung OGH 18.3.1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156; OGH 4.12.1968, 2 Ob 404/67, JBl 1969, 272; *Reischauer*, ÖJZ 1987, 257 (266).

rechtlichen Systematik.³⁴² Als nämlich der Anspruch auf Gewinnherausgabe erstmals im Entwurf des UrhG 1936 erschien, wurde zur Bestimmung des Vermögensschadens auf den hypothetischen Vermögensstand bei rechtmäßigem Alternativverhalten abgestellt. Es fand also ein Vergleich des tatsächlichen Vermögens des Verletzten mit jenem Vermögen statt, über das er verfügt hätte, wenn der Verletzer ordnungsgemäß eine Nutzungsbewilligung erlangt und eine Nutzungsgebühr gezahlt hätte. Damit gelangte man im Vermögen des Verletzten zu einem Schaden, der »spiegelbildlich« der Ersparnisbereicherung des Verletzers entsprach.³⁴³ Dementsprechend galt der Verletzergewinn als ein Spiegel des beim Verletzten (in Form eines entgangenen Gewinns) eingetretenen Schadens. Dieselbe Vermengung von Bereicherung und Schadenersatz, die bis heute nachwirkt und die dogmatische Einordnung der einschlägigen Bestimmungen erschwert,³⁴⁴ zeigt sich deutlich in der oben dargestellten Arbeitsbauernbundkalender-Entscheidung.³⁴⁵

Auch das deutsche Recht kennt eine Gewinnhaftung. So sieht etwa § 97 Abs 1 Satz 2 dt UrhG vor, dass bei der Bemessung des Schadenersatzes aufgrund einer Urheberrechtsverletzung der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden kann. In der heftig diskutierten Caroline-Rechtsprechung³⁴⁶ gewährte der BGH zudem einen deliktischen Anspruch auf den Verletzergewinn wegen einer Persönlichkeitsverletzung. Die dogmatische Erfassung der Gewinnhaftung in der bereicherungs- und schadenersatzrechtlichen Systematik bereitet im deutschen Recht ähnliche Probleme wie in Österreich.³⁴⁷ Es überrascht daher nicht, dass der

342 *Mahr*, MR 1994, 183 (185 ff); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (40); *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (58 f); *Schönherr/Kucska*, GRUR 1980, 282 (284).

343 Die heutige Differenzmethode hingegen stellt dem tatsächlichen Vermögen jenes hypothetische Vermögen gegenüber, das bestünde, wenn der Verletzer überhaupt nicht in das Immaterialrechtsgut eingegriffen hätte. Die nicht bezahlte Nutzungsgebühr stellt danach keinen Schaden, sondern eine Bereicherung des Verletzten dar. Dazu ausführlich oben, I.C.1.

344 *Mahr*, MR 1994, 183 (185 f); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (40 f).

345 OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189; vgl auch OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – öbl 1976, 124.

346 BGH 15.11.1994, VI ZR 56/94 – Caroline I – NJW 1995, 861; BGH 5.12.1995, VI 332/94 – Caroline II – NJW 1996, 984; dazu kritisch *Canaris* in FS Deutsch 85; *Koziol*, Grundfragen 2/37; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 27 ff; jedenfalls im Ergebnis zustimmend *Prinz*, NJW 1996, 953; *Seitz*, NJW 1996, 2848; *Steffen*, NJW 1997, 10.

347 Vgl zum Beispiel *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 167 ff; *Canaris* in FS Deutsch 85; *von Caemmerer* in FS Rabel I, 333; *Däubler*, JuS 1969, 49; *Wenckstern*, AcP 200 (2000)

einschlägige deutsche Diskurs auch die österreichische Literatur beeinflusste.³⁴⁸

Im Folgenden werden die Rechtsnatur der Gewinnabschöpfung und ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Zivilrecht zuerst aus bereicherungs-, dann aus schadenersatzrechtlicher Perspektive geprüft. Dabei geht es nicht nur darum, diesen Anspruch auf seine Systemkonformität zu testen, sondern auch um die Frage, ob er verallgemeinerungsfähig ist.

2. Gewinnabschöpfung in der bereicherungsrechtlichen Dogmatik

a. Gewinnabschöpfung als verschuldensabhängiger Bereicherungsanspruch

Versteht man die Gewinnabschöpfung als einen »verschuldensabhängigen Bereicherungsanspruch«, so führt dies – jedenfalls dem ersten Anschein nach – zu absurden Ergebnissen. Eine Qualifikation als »verschuldensabhängiger Bereicherungsanspruch« würde die Gewinnabschöpfung nämlich im Grunde als einen Anspruch verstehen, der sich von seinen Rechtsfolgen her mit anderen Bereicherungsansprüchen deckt, aber nur bei Vorliegen eines Verschuldens zur Anwendung kommt. Ein solcher Anspruch wäre sinnwidrig.

Es ist die Frage zu stellen, wie sich das Verhältnis zwischen einer bereicherungsrechtlich verstandenen Gewinnabschöpfung und dem allgemeinen Bereicherungsrecht (insbesondere zu § 1041 ABGB) denken ließe. In Betracht käme, dass die immaterialgüterrechtliche Gewinnherausgabe in ihrem Anwendungsbereich § 1041 ABGB verdrängt. Damit wären Inhaber von Immaterialgüterrechten aber schlechter gestellt als andere Rechteinhaber, weil die allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regelungen der §§ 1041, 1437, 330, 335 den unredlichen Besitzer schon ohne ein Verschuldenserfordernis verpflichten, jeden aus der bestimmungsgemäßen Verwendung entstandenen Vorteil herauszugeben.³⁴⁹ Da kein Grund ersichtlich ist, warum Inhaber von Immaterial-

240; Helms, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem; Hoppe, ZEuP 2000, 29; G. Wagner, ZEuP 2000, 200; Wernecke, Schadensersatz und Gewinnherausgabe.

348 Vgl die Verweise bei Koziol in FS F. Bydlinski 175 und Koziol, Grundfragen Rz 2/33 ff.

349 Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1758, 1765; Mader in Schwimann VI³ § 1437 Rz 30; OGH 18.3.1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156; OGH 28.5.2002, 4 Ob 114/02x, eclex 2002/277, 745.

güterrechten im Bereicherungsrecht schlechter gestellt werden sollen als andere Rechteinhaber,³⁵⁰ ist davon auszugehen, dass der verschuldensabhängige Anspruch auf Gewinnherausgabe den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Anspruch nach § 1041 ABGB nicht verdrängt, sondern beide Ansprüche nebeneinander bestehen.³⁵¹

Aber auch dieses Ergebnis erscheint – zumindest auf den ersten Blick – widersinnig, weil der Gewinnherausgabeanspruch damit allem Anschein nach praktisch bedeutungslos wäre. Zur Erklärung dessen ist etwas weiter ausholen: Gemäß § 1041 ABGB kann der Eigentümer, dessen Sache zum Nutzen eines anderen verwendet wurde, sie in Natur zurückfordern oder, wenn dies nicht mehr möglich ist, ihren Wert ersetzt verlangen. Bei bloßem Gebrauch eines fremden Rechtsguts gewährt § 1041 ABGB eine Vergütung für den Gebrauch in Form eines angemessenen Benützungsentgelts.³⁵² Einen dem angemessenen Benützungsentgelt entsprechenden Anspruch gewähren im Immaterialgüterrecht die § 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG, § 53 Abs 1 MSchG und § 9 Abs 4 UWG, wobei sie als bereicherungsrechtliche Ansprüche kein Verschulden voraussetzen. Sie gleichen eine »Ersparnisbereicherung« aus, nämlich die Ersparnis jener Aufwendungen, die der Verletzer für eine rechtmäßige Nutzung hätte tätigen müssen: die angemessenen Lizenzgebühren.³⁵³

Ob der Bereicherte über ein Benützungsentgelt hinaus den aus der Sache gezogenen Gewinn (die Früchte) herausgeben muss, hängt gemäß §§ 1437, 330, 335 ABGB davon ab, ob er redlich oder unredlich war. Während der redliche Bereicherte die Früchte behalten kann, ist der unred-

350 *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199).

351 *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199, 202).

352 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1761; *Rummel* in *Rummel I* § 1041 Rz 15; *Apathy* in *Schwimann/Kodek IV*⁴ § 1041 Rz 34; *F. Bydlinski*, JBl 1969, 252 (253); *Torggler*, JBl 1971, 1 (9); OGH 25.9.1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250; OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – öbl 1976, 124.

353 *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 86 Rz 15; *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG*² § 86 Rz 1, 5; *Apathy* in *FS Griss 1* (2 f); *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 5 f; *Schönherr/Kucsko*, GRUR 1980, 282 (283); *Walter*, MR 1995, 2 (3); *Walter* in seiner Glosse zu OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153; *Mahr* in *ÖSGRUM* 19, 33 (41); *Torggler*, JBl 1971, 1 (6); *Woller/Hofmarcher*, ÖBl 2014, 146; *Schmid* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 9 Rz 219; *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 561; OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*); OGH 31.8.2010, 4 Ob 126/10y, MR 2011, 142; OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153 (*Walter*); OGH 30.11.2006, 3 Ob 222/06b – Manpower; OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307.

liche Bereicherte grundsätzlich zur Herausgabe verpflichtet.³⁵⁴ Die strengere Behandlung des unredlichen Bereicherungsschuldners beruht auf dem Gedanken, dass jeder Anreiz verhindert werden soll, unbefugt fremdes Gut zu verwenden, um daraus einen Vorteil zu erlangen.³⁵⁵

Nach §§ 1041, 335 ABGB scheint daher vom unredlichen Bereicherungsschuldner derselbe Vorteil herausverlangt werden zu können, wie mittels des zusätzlich ein Verschulden voraussetzenden immaterialgüterrechtlichen Gewinnherausgabeanspruch. Demnach wäre der Gewinnherausgabeanspruch überflüssig, weil er dem Verletzten denselben Anspruch wie das allgemeine Zivilrecht gewähren würde, dies allerdings unter strengeren Voraussetzungen.³⁵⁶ Es liegt auf der Hand, dass sich der Verletzte schlicht auf die zivilrechtlichen Bestimmungen stützen würde.

Diese Überlegungen drängen zur Frage, ob der immaterialgüterrechtliche Gewinnherausgabeanspruch deshalb an engere Voraussetzung gebunden ist, weil der Verletzte mit diesem Anspruch auch in solchen Fällen oder in einem solchen Umfang einen Vorteil herausverlangen kann, wie er es mit dem allgemeinen Bereicherungsanspruch nicht könnte. Allein dann hätte der Anspruch auf Gewinnherausgabe eine eigenständige Funktion und praktische Bedeutung.

Meines Erachtens kann der immaterialgüterrechtliche Gewinnherausgabeanspruch in zweierlei Hinsicht über das allgemeine Bereicherungsrecht hinausgehen: Zum einen setzt die Gewinnherausgabe nicht eine »Verwendung«, sondern eine »Verletzung« eines Immaterialgüterrechts voraus, was zur Frage führt, ob es sich bei einer Gewinnziehung aus Verletzung wirklich um ein anderes Tatbestandsmerkmal handelt, als bei einer Gewinnziehung aus Verwendung. Zum anderen könnte der Anspruch auf Gewinnherausgabe dem Umfang nach den bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Vorteilsherausgabe nach §§ 1041, 335 ABGB in jenen Fällen übersteigen, in denen der Bereicherte mit erheblichen eigenen Leistungen zum Gewinn beitrug, was gerade bei Immaterialgüterrechtsverletzungen häufig vorkommen dürfte.³⁵⁷ Beide Fragen werden im Folgenden näher erörtert.

354 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1764 f; *F. Bydliniski*, JBl 1969, 252 (253); *Apathy*, Verwendungsanspruch 36, 41 f; OGH 4. 12. 1968, 2 Ob 404/67, JBl 1969, 272.

355 *F. Bydliniski*, JBl 1969, 252 (253).

356 So auch *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199, 202).

357 So auch *Torggler*, JBl 1971, 1 (9).

b. *Gewinn aus Verletzung und Verwendung eines fremden Rechtsguts*

§ 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit b PatG, § 53 Abs 2 Z 2 MSchG und § 9 Abs 4 UWG gewähren den Anspruch auf Gewinnherausgabe für eine »Verletzung« der jeweils geschützten Immaterialgüter- und Kennzeichenrechte. § 1041 ABGB setzt hingegen die »Verwendung« eines fremden Rechtsguts voraus. Um die Frage zu beantworten, wie sich die Begriffe der Verletzung und Verwendung zueinander verhalten, sei zunächst der bereicherungsrechtliche Begriff der Verwendung näher bestimmt:

Das Bereicherungsrecht erfasst nicht schlechthin alle Vorteile, die jemand (und sei er auch unredlich) aus der rechtsgrundlosen Nutzung eines fremden Rechtsgutes zieht. Maßgeblich ist das Prinzip des Zuweisungsgehaltes und der Rechtsfortwirkung, wonach das von der Rechtsordnung dem Verkürzten zugewiesene Rechtsgut gegen den Bereicherten fortwirkt. Dieses Prinzip begründet und begrenzt die bereicherungsrechtlichen Ansprüche,³⁵⁸ da die Gewährung des Anspruchs nicht allein davon abhängt, welches Gut die Rechtsordnung dem Verkürzten zuweist, sondern auch, wie weit diese Zuweisung reicht und welche Nutzungen sie erfasst. Nur eine zuweisungswidrige Verwendung, also eine »dem Zuweisungsgehalt des jeweiligen Rechts widersprechende Nutzung«, löst bereicherungsrechtliche Ansprüche aus.³⁵⁹

Die Theorie vom Zuweisungsgehalt sichert die »beiderseitige Rechtfertigung«³⁶⁰ des bereicherungsrechtlichen Anspruchs, denn es genügt nicht, dass bestimmte Umstände eine Abschöpfung des vom Bereicherten unberechtigt erlangten Vorteils rechtfertigen. Vielmehr muss es wegen der Zuweisung des unberechtigt verwendeten Gutes gerechtfertigt sein, den Vorteil gerade dem Verkürzten zuzuwenden.³⁶¹

Ein anschauliches Beispiel für eine Vorteilsgewinnung aus der Nutzung eines fremden Gutes, die aufgrund der Zuweisungstheorie nicht vom Bereicherungsrecht erfasst wird, ist die widmungsfremde Verwen-

358 *E. Bydlinski*, System 242; *Koziol*, Grundfragen Rz 2/34 f; *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 2 und 4; *Koziol* in FS Wiegand 449 (454 f); *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 27 f, 35, 49.

359 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 4; OGH 29.4.1980, 4 Ob 337/80, ÖBl 1981, 8; OGH 14.6.1995, 3 Ob 544, 545/95, JBl 1996, 48; OGH 10.7.2001, 4 Ob 66/01m – Tausend Clowns – MR 2002, 98.

360 Dazu oben, II.C.3.b.ii.

361 *Koziol* in FS Wiegand 449 (455 f).

derung einer Sache für ein Delikt. Wenn jemand ohne Zustimmung des Eigentümers ein fremdes Auto als Fluchtwagen verwendet, so kann der Eigentümer des Wagens den aus dem Delikt erlangten Nutzen nicht mit einem Bereicherungsanspruch herausfordern, weil es sich ersichtlich um keinen ihm als Autoeigentümer zugewiesenen Nutzen handelt.³⁶² Gemäß dem Prinzip der beidseitigen Rechtfertigung bedeutet die Verpflichtung des Täters zur Herausgabe erlangter Vorteile noch nicht, dass ihn diese Pflicht gerade gegenüber dem Eigentümer des Fluchtwagens treffen soll.

Ein weiteres Beispiel ist die vertragswidrige Untervermietung. Diesbezüglich entschied der OGH, die vom Mieter erlangte Untermiete sei nicht vom Zuweisungsgehalt erfasst und könne daher nicht mit einem Bereicherungsanspruch herausverlangt werden. Dem Vermieter stehe lediglich ein Wertersatz für die unbefugte Ausübung des Untervermietungsrechts zu. Im Ergebnis stehe ihm eine Erhöhung des Mietzinses in dem Umfang zu, in dem er die Miete bei Gestattung der Untervermietung hätte erhöhen können.³⁶³

Auch wenn ein Unternehmer die Maschine eines Konkurrenten zerstört, um dadurch den Mitbewerber auszuschalten, ist der vom Verletzer erzielte Wettbewerbsvorteil kein Nutzen, der dem Eigentümer der zerstörten Maschine bereicherungsrechtlich zugewiesen wäre. Es handelt sich nämlich um keinen Nutzen aus der Verwendung der Maschine, sondern um einen Vorteil, den der Unternehmer aus der Vernichtung der Sache und der damit verbundenen Ausschaltung seines Konkurrenten durch eigene Tätigkeit zieht.³⁶⁴

Derartige Vorteile werden vom Bereicherungsrecht nicht erfasst, lassen sich aber auch nicht mit Schadenersatzrechtlichen Instrumenten herausverlangen. Das Schadenersatzrecht richtet sich allein auf den Ersatz eines Nachteils, welcher aber unabhängig und womöglich erheblich geringer als der vom Eingreifer erlangte Gewinn ist. Zudem sind Fälle denkbar, in denen überhaupt kein Nachteil eintritt oder zumindest nicht nachweisbar ist. Greifen aber weder das Bereicherungsrecht noch das Schadenersatzrecht und auch keine anderen Rechtsinstitute (wie etwa bei der Verwendung eines fremden Autos als

362 Weitere Beispiele bei *Rummel* in *Rummel I*³ § 1041 Rz 3 ABGB; *F. Bydlinski*, System 242; *Koziol*, Grundfragen Rz 2/34 f.; *Apathy* in *Schwimann IV*³ § 1041 Rz 4.

363 OGH 14. 6. 1995, 3 Ob 544, 545/95; dazu *Apathy*, Verwendungsanspruch 71 f.

364 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/35.

Fluchtauto der strafrechtliche Verfall des aus dem Verbrechen erlangten Vorteils) ein, dann verblieben die rechtswidrig erlangten Vorteile beim Verletzer und die Rechtsordnung verlöre diesbezüglich jegliche Präventivwirkung.³⁶⁵

Im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz, wonach niemand durch unerlaubten Rechtseingriff besser stehen soll als bei rechtmäßigem Verhalten, ist dieses Ergebnis unbefriedigend. Wie *Koziol* in einer rechtsvergleichenden Umschau zeigt, sahen sich fremde Rechtsordnungen daher dazu veranlasst, für derartige Fälle unterschiedliche Lösungen zu entwickeln, welche aber dogmatisch häufig unbefriedigend scheinen.³⁶⁶ Viel Diskussion gab es etwa im Zusammenhang mit den »Caroline-Fällen«, in denen der deutsche BGH einen »Ersatz« für ideelle Schäden wegen der Verletzung von Persönlichkeitsrechten zusprach, und bei der Bemessung des Ersatzanspruchs die Gewinne der beklagten Zeitung berücksichtigte.³⁶⁷ Diese Diskussion beeinflusste auch die österreichische Literatur.³⁶⁸ Hintergrund war ein Rechtsstreit zwischen der Prinzessin Caroline von Monaco und einer Zeitung, die ein frei erfundenes Interview mit der Prinzessin veröffentlichte. Der BGH qualifizierte den vom Verletzer erzielten Gewinn als wesentlichen Faktor der Bemessung der Geldentschädigung für den dadurch entstandenen immateriellen Schaden. Er rechtfertigte dies mit Überlegungen der Genugtuung, der Prävention und der Sanktion. Würde man vom Verletzer nicht den Gewinn herausfordern, so blieben nach Auffassung des BGH Verletzungen der Würde und Ehre des Menschen häufig ohne Sanktion, weshalb der Rechtsschutz der Persönlichkeit verkümmern würde. Tatsächlich lässt sich diese Entscheidung aber mit der Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts nicht begründen. Erklären (wenn auch nicht rechtfertigen) lässt sich die Argumentation des BGH mit dem Problem, dass bestimmte, als untragbar empfundene Vermögensverschiebungen weder vom bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt noch von der schadenersatzrechtlichen Ausgleichsfunktion erfasst werden.

365 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/37.

366 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (179 ff).

367 BGH 15. 11. 1994, VI ZR 56/94 – Caroline I – NJW 1995, 861; BGH 5. 12. 1995, VI 332/94 – Caroline II – NJW 1996, 984; dazu kritisch *Canaris* in FS Deutsch 85; *Koziol*, Grundfragen 2/37; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 27 ff; jedenfalls im Ergebnis zustimmend *Prinz*, NJW 1996, 953; *Seitz*, NJW 1996, 2848; *Steffen*, NJW 1997, 10; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 167 ff.

368 Vgl etwa *Koziol*, Grundfragen Rz 2/37 und *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (180 ff).

Genau dieser Problembereich zwischen Bereicherungs- und Schadenersatzrecht ist es, in dem die Gewinnabschöpfung des UrhG, PatG, MSchG und UWG praktische Bedeutung gewinnt, weil die aus einer Verletzung gezogenen Vorteile dem Anspruchsberechtigten häufig gerade nicht in dem für einen Bereicherungsanspruch nach § 1041 ABGB erforderlichen Sinne zugewiesen sind.³⁶⁹ Im Caroline-Fall etwa erfasst das Recht auf Privatsphäre nicht das Recht, aus niemals gegebenen Interviews Gewinn zu ziehen. Es steht dem erlangten Gewinn aber auch kein Nachteil gegenüber, der einen Schadenersatzanspruch rechtfertigen würde. Von der Rechtsfolge her ist der Anspruch auf Gewinnabschöpfung somit zwar als bereicherungsrechtlich zu qualifizieren, er geht aber über den bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt hinaus.

Aufgrund dieser Überlegungen sollte jedenfalls der redliche Bereicherungsschuldner nicht zur Gewinnherausgabe verpflichtet sein. Ist der Redliche dazu nicht einmal nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen verpflichtet (vgl oben, C.2.a), sollte ihn umso weniger ein über den bereicherungsrechtlichen Zuweisungsgehalt hinausgehender Gewinnherausgabeanspruch treffen.

In letzterem Aspekt sieht *Koziol* den Grund für die Verschuldensvoraussetzung bei der Gewinnabschöpfung. Die Verschuldensvoraussetzung sei ein (wenn auch etwas zu weitgehender³⁷⁰) Ausgleich dafür, dass der Anspruch nicht nur Vorteile aus einer Verwendungshandlung erfasse, sondern auch Gewinne aus einer Verletzungshandlung, die nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen nicht herausverlangt werden könnten.³⁷¹ Daraus gewinne der Anspruch auf Gewinnherausgabe neben den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Ansprüchen eigenständige Bedeutung.

c. *Höhe des herauszugebenden Gewinns*

Auch seinem Umfang nach kann der abschöpfbare Gewinn über das allgemeine Bereicherungsrecht hinausgehen. Grundsätzlich bemisst sich der Anspruch auf Gewinnherausgabe nach dem vom Verletzer erzielten Reingewinn. Für die Gewinnerzielung getätigte Aufwendungen sind zu berücksichtigen, wobei nur variable Kosten, aber keine Fixkosten abge-

369 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/41; *Kletecka*, ÖJZ 2008, 785 (790).

370 Nach *Koziol* würde objektive Sorgfaltswidrigkeit genügen.

371 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/40 f.

zogen werden dürfen.³⁷² Hat die Eingriffshandlung gar keinen Gewinn abgeworfen, scheidet der Anspruch aus. Bei Beweisschwierigkeiten kann § 273 ZPO helfen.³⁷³

Gewichtige Teile der immaterialgüterrechtlichen Literatur vertreten die Ansicht, der Verletzer könne gegen den Anspruch auf Gewinnherausgabe nicht einwenden, ein Gewinn beruhe überwiegend auf seinen eigenen Leistungen.³⁷⁴ Anderes gilt im allgemeinen Bereicherungsrecht. Hier muss selbst der bewusst rechtswidrig Handelnde, der eine fremde Sache wissentlich unbefugt gebraucht, nicht schlechthin alle Vorteile herausgeben, solange sie wesentlich auf seine eigenen Leistungen zurückgehen. Der Herausgabeanspruch beschränkt sich vielmehr auf jene Vorteile, bei deren Entstehung die Beteiligung des Schuldners ihrem Wert nach hinter dem Beitragswert der verwendeten Sache zurückbleibt.³⁷⁵

Wenn sowohl Bereicherungsgläubiger als auch Bereicherungsschuldner an der Vorteilsentstehung beteiligt sind, ist der Vorteil auf beide je nach ihrem Anteil aufzuteilen. Für diese Aufteilung stehen zwei Berechnungsmethoden zur Verfügung. Entweder gebührt dem Bereicherungsgläubiger für die Verwendung seines Gutes ein angemessenes Benutzungsentgelt, womit auch seine Beteiligung am Gesamterfolg als abgegolten gilt. Oder der Gesamterfolg wird nach dem tatsächlichen Verhältnis der Werte der beidseitigen Beiträge verteilt.³⁷⁶ Aufgrund der Komplexität der zweiten Methode steht in der Praxis die erste Methode im Vordergrund. Freilich zahlt der unredliche damit im Ergebnis dasselbe wie ein redlicher Bereicherungsschuldner.

372 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht³ § 87 Rz 36; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 31; *Dillenz*, Materialien zum UrhG 177; *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ Rz 99; *Guggenbichler* in Kucsko/Schumacher, markenschutz § 53 Rz 42; *Kraft/Steinmair* in Kraft/Steinmair, UWG § 9 Rz 87; OGH 1. 2. 197, 4 Ob 276/86 – Werbeunterlagen – RdW 1987, 51; OGH 20. 1. 2014, 4 Ob 182/13p, RdW 2014/372, 337.

373 OGH 1. 2. 197, 4 Ob 276/86 – Werbeunterlagen – RdW 1987, 51.

374 *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (47f); *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht³ § 87 Rz 35; aA *Torggler*, JBl 1971, 1 (9) betreffend Unternehmenskennzeichen, dies allerdings noch bevor die Gewinnabschöpfung in § 9 Abs 4 UWG aufgenommen wurde.

375 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1758, 1765; *F. Bydliński*, JBl 1969, 252 (254f); *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 42, 105, 126 ff; *Apathy*, Verwendungsanspruch 57 ff; OGH 18. 3. 1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156.

376 *F. Bydliński*, JBl 1969, 252 (254); *Wilburg*, Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung 128 ff; dem folgend OGH 18. 3. 1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156.

Dass im Immaterialgüterrecht der Bereicherungsschuldner unabhängig von seinen eigenen Beiträgen den gesamten Vorteil herausgeben soll, wird anknüpfend an die Materialien³⁷⁷ damit begründet, Schuldige und Unschuldige würden sonst im Ergebnis gleich behandelt und der Täter solle in keinem Fall mit einem sicheren Gewinn rechnen. Der schuldhaft handelnde Verletzer solle daher dem Berechtigten gegenüber wie ein unechter Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt werden.³⁷⁸

Tatsächlich besteht aber in Rechtsprechung und zivilrechtlicher Literatur Einigkeit darüber, dass bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag für die Vorteilsherausgabe dieselben Grenzen gelten wie im Bereicherungsrecht, und zwar aus denselben wie für § 335 ABGB ins Treffen geführten Erwägungen. So verweist der Großteil der Literatur auf *F. Bydlinski*, dem zufolge es selbst bei bewusst unrechtmäßigem Gebrauch fremder Sachen nicht sachgerecht sei, »ohne weiteres den Unredlichen strafweise ganz zu enteignen und dem in seinen Rechten Verletzten zum ›Geschäft seines Lebens‹ zu verhelfen.«³⁷⁹

Spricht man sich nun im Immaterialgüterrecht dennoch für die Herausgabe des gesamten Gewinns aus, so beruht dies auf der Erfahrung, wonach bei Immaterialgüterrechtsverletzungen der Gewinn geradezu typischerweise nicht alleine auf die Benutzung eines fremden Rechts, sondern auch auf erhebliche Eigenleistungen des Verletzers zurückgeht.³⁸⁰ Nach den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Vorschriften (§§ 1041, 335 ABGB) würde der Verletzer daher im Ergebnis regelmäßig nur ein angemessenes Nutzungsentgelt zahlen müssen und den darüber hinausgehenden (womöglich erheblichen!) Gewinn behalten können. Eine solche Rechtslage schafft freilich einen gewissen Anreiz, unberechtigt mit fremdem Gut zu spekulieren, was zu der Überlegung führt, eine weitergehende Haftung mit präventiv-pönalen Gründen zu rechtfertigen.

Trotzdem bleibt diese schrankenlose Gewinnabschöpfung meines Erachtens fragwürdig. Soweit jemand durch erhebliche Eigenleistungen

377 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 177.

378 *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (47 f).

379 So *F. Bydlinski*, JBl 1969, 252 (256); anknüpfend an diesen *Apathy* in Schwimann/Ko-dek IV⁴ § 1040 Rz 7; *Apathy*, Verwendungsanspruch 57 ff; *Rummel* in Rummel I³ § 1039 Rz 7; aus der Rechtsprechung OGH 18.3.1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156; OGH 4.12.1968, 2 Ob 404/67, JBl 1969, 272; wenn auch mit anderer Begründung im Ergebnis ebenso *Reischauer*, ÖJZ 1987, 257 (266).

380 *Torggler*, JBl 1971, 1 (9).

aus der Verwendung eines fremden Gutes Vorteile geriert, ist es nicht sachgerecht, demjenigen, dem das Gut zwar grundsätzlich zugewiesen ist, zusätzlich zum angemessenen Benützungsentgelt den gesamten Gewinn zuzubilligen, obwohl er weder durch den Eingriff geschädigt wurde, noch etwas zur Gewinnschöpfung beigetragen hat. Dies umso mehr, als der Eingriff ohnehin bereits durch das Benützungsentgelt ausgeglichen wird.

d. *Schlussfolgerung*

Diesen Überlegungen folgend, geht die immaterialgüterrechtliche Gewinnabschöpfung in zweierlei Hinsicht über den allgemeinen bereicherungsrechtlichen Vorteilsausgleich hinaus: Sie erfasst einerseits solche Vorteile, die vom Zuweisungsgehalt des Bereicherungsrechts nicht erfasst werden und andererseits solche, die wesentlich auf die Eigenleistungen des Verletzers zurückgehen. Hintergedanke ist (ähnlich wie beim Pauschalersatz) eine stärkere Präventiv- und Strafwirkung gegenüber dem schuldhaft handelnden Verletzer. Bei keiner dieser beiden Vorteilsarten könnte die Herausgabe bereicherungsrechtlich begründet werden. Somit stellt sich die Frage, ob es sich – entgegen des durch die Rechtsfolge der Gewinnherausgabe erweckten Anscheins – doch nicht um einen Bereicherungsanspruch handelt. In diesem Fall bliebe nur noch die Möglichkeit, den Anspruch schadenersatzrechtlich zu qualifizieren.

3. **Gewinnabschöpfung in der schadenersatzrechtlichen Dogmatik**

Mit dem Verhältnis der Gewinnabschöpfung zum allgemeinen Schadenersatzrecht hat sich in Österreich insbesondere *Koziol* auseinandergesetzt. *Koziols* Kritik wurde nicht zuletzt aufgrund seiner Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur mittlerweile zwar milder,³⁸¹ seine Grundposition blieb aber die Gleiche: Das Schadenersatzrecht erfülle eine Ausgleichsfunktion und könne daher nur Ansprüche rechtfertigen, denen ein auszugleichender Nachteil korrespondiere. Aus diesem Grund lehnte *Koziol* in früheren Schriften die immaterialgüterrechtliche Gewinnabschöpfung überhaupt ab. Da sie keinen Schaden

381 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175; *Koziol*, Grundfragen Rz 2/25 ff.

voraussetze, handle es sich um keinen schadenersatzrechtlichen Anspruch. Wegen des Verschuldenserfordernisses könne sie jedoch auch nicht bereicherungsrechtlich qualifiziert werden. Ein verschuldensabhängiger Bereicherungsanspruch sei sinnwidrig, würde er doch – dies wurde oben bereits erörtert – den Inhaber von Immaterialgüterrechten schlechter stellen als andere Rechteinhaber.³⁸²

Es liegt daher der Schluss nahe, dass der Anspruch auf Gewinnherausgabe im österreichischen Recht schlicht systemwidrig ist. Nach hier vertretener Ansicht sollte er trotzdem nicht vorschnell abgelehnt werden, sondern es ist umgekehrt zu überlegen, ob er sich nicht entgegen des ersten Anscheins verallgemeinern lässt. Dazu ist zunächst zu prüfen, ob das Problem, das ein Bedürfnis nach der Gewinnherausgabe im Immaterialgüterrecht entstehen ließ, auch außerhalb des Immaterialgüterrechts auftreten kann.

Wie bereits dargelegt, besteht dieses Problem darin, dass bei einer Immaterialgüterrechtsverletzung entweder gar kein Schaden eintritt oder der Schaden nur schwer nachweisbar ist, weshalb im Ergebnis schuldige und unschuldige Verletzer gleichbehandelt würden. Da das Schadenersatzrecht primär eine Ausgleichsfunktion verfolgt, ist ein Schadenersatzanspruch ohne Schaden (jedenfalls auf Basis des derzeitigen positiven Rechts) undenkbar. Tritt tatsächlich kein Schaden ein, kann das Schadenersatzrecht demnach keine Gewinnabschöpfung rechtfertigen.

Anderes gilt, falls ein Schaden nur vermutet, aber nicht nachgewiesen werden kann, soweit gleichzeitig die Entstehung eines Vorteils aus der Verletzung beim Schädiger feststeht. Dieses Problem mag bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten häufig vorkommen, beschränkt sich aber nicht auf diesen Rechtsbereich. So ist es etwa auch bei Ehrenkränkung und Rufschädigung denkbar, dass der Geschädigte seinen Schaden nicht nachweisen kann, der Schädiger aber einen konkret bezifferbaren Vorteil gezogen hat.

Die Frage, ob es in diesem Fall mit schadenersatzrechtlichen Grundsätzen und dem Prinzip der beidseitigen Rechtfertigung vereinbar ist, den Vorteil des Verletzers bei der Ersatzpflicht zu berücksichtigen, hat *Koziol* überzeugend bejaht. Er argumentiert, bei Erlangung eines Vorteils könne selbst dann eine Schadenersatzpflicht entstehen, wenn nicht

382 So auch *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199, 202).

sämtliche Voraussetzungen gegeben seien, die nach den allgemeinen Regeln erforderlich sind, um eine Ersatzpflicht auszulösen. Einem Schädiger sei es eher zumutbar, einen Nachteil auszugleichen, sofern er dafür den aus der Verletzungshandlung gezogenen Vorteil verwenden könne.³⁸³ Bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten könne die Bereicherung des Verletzers daher Anhaltspunkt für die Höhe eines schwer beweisbaren Nachteils des Geschädigten sein. Soweit sich der Schaden praktisch weder nachweisen noch schätzen lasse, ein Nachteil aber zu vermuten sei, solle der Vorteil dem Geschädigten zukommen und nicht beim Schädiger verbleiben. Selbst wenn der gezogene Vorteil den tatsächlichen Schaden übersteige, sei es sachgerecht, dem Schädiger und nicht dem Geschädigten das Aufklärungsrisiko aufzubürden.³⁸⁴

Dieses Argument rechtfertigt aus *Koziols* Sicht freilich nur eine Beweislastumkehr. Könne der Verletzer nachweisen, dass ein geringerer Schaden oder überhaupt kein Schaden eingetreten sei, könne auf Basis des Schadenersatzrechts auch kein (darüber hinausgehender) Schadenersatz zugesprochen werden.³⁸⁵ Nur »wenn der Täter eine an sich haftbarmachende Handlung gesetzt hat, also in der Regel rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat, und er daraus einen nachweisbaren Vorteil gezogen hat, [soll] er ganz allgemein die Beweislast dafür [...] tragen [...], dass der Schaden geringer [ist] als der von ihm erzielte Vorteil [...]«.«³⁸⁶ Allerdings dürfe dies nicht zu Ersatzansprüchen führen, die in keiner Weise mehr durch einen irgendwie messbaren Nachteil gedeckt seien. Damit werde zwar eine gewisse Lockerung der Voraussetzung eines Schadens für das Bestehen eines Schadenersatzanspruches zugelassen, jedoch keine völlige Loslösung.³⁸⁷

Diese Prinzipien entwickelte *Koziol* in Auseinandersetzung mit dem Ansatz von *Wendehorst*.³⁸⁸ Auch sie rechtfertigt die Gewinnabschöpfung für jene Situation, in der ein Schaden nicht nachweisbar ist und die allgemeine Lebenserfahrung zwar einen Schadenseintritt vermuten lässt, aber für die Schadenshöhe keine Anhaltspunkte liefert. *Wendehorst* folgend ist dies gerade bei Wettbewerbs- und Immaterialgüter-

383 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (184 ff).

384 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (189 f) anknüpfend an *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 163 ff, zu *Wendehorsts* Argumentation gleich im Detail unten.

385 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (190).

386 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (191).

387 *Koziol* in FS F. Bydlinski 175 (191 f).

388 *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 163 ff.

rechtsverletzungen häufig der Fall. Zwar könne auch in dieser Situation kaum davon ausgegangen werden, dass der Nachteil des Verletzten dem Vorteil des Verletzers entspreche. Denkbar wäre dies nur bei einer Wettbewerbsverletzung, soweit die Beteiligten in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis stünden, denselben Bezugs- und Absatzmarkt hätten und mit ähnlichen Produktions-, Finanzierungs- und Absatzformen arbeiteten. Im Regelfall werde aber ein gewisser nicht nachweisbarer, jedoch zu vermutender und der Höhe nach unbestimmter Nachteil einem bestimmten Vorteil gegenüberstehen. In diesen Fällen sei es sachgerecht, dem Verletzten den vom rechtswidrig und schuldhaft handelnden Verletzer erlangten Vorteil zuzusprechen. Zwar werde dem Verletzten damit unter Umständen zu viel gegeben, doch sei es eher sachgerecht, den Verletzten im Ergebnis einen Vorteil davontragen zu lassen und nicht den rechtswidrig und schuldhaft handelnden Verletzer. Doch auch diese Argumentation rechtfertigt nur eine Vermutungsregel beziehungsweise Beweislastumkehr. Eine Gewinnabschöpfung kommt demnach nicht in Betracht, wenn erwiesenermaßen kein Nachteil oder nur ein geringerer Nachteil als der vom Verletzer erzielte Gewinn vorliegt.

Der Gewinnabschöpfungsanspruch der §§ 87 Abs 4 UrhG, 150 Abs 2 lit b PatG, 53 Abs 2 Z 2 MschG und 9 Abs 4 UWG lässt sich somit zumindest in Form einer Beweislastumkehr im Einklang mit schadenersatzrechtlichen Prinzipien verallgemeinern.

4. Gewinnabschöpfung jenseits von Schadenersatz und Bereicherung

Den bisherigen Ausführungen folgend lässt sich die Gewinnabschöpfung mit schadenersatzrechtlichen Grundsätzen nicht rechtfertigen, sofern feststeht, dass kein Schaden eingetreten ist. Für diesen Fall ist noch einmal auf das Bereicherungsrecht zurückzukommen, obwohl die praktische Bedeutung des Gewinnabschöpfungsanspruchs eigentlich gerade dort liegt, wo das Bereicherungsrecht grundsätzlich nicht zur Anwendung kommt. Wie oben gezeigt, sind dies Fälle, in denen entweder keine zuweisungswidrige Verwendung im bereicherungsrechtlichen Sinne vorliegt, weshalb der Nutzen nicht mehr vom Zuweisungsgehalt erfasst ist, oder in denen der Vorteil auf erhebliche Eigenleistungen des Bereicherten zurückgeht. Dennoch soll nun die Frage untersucht werden, ob es in diesen – (scheinbar) jenseits des Bereicherungsrechts

liegenden – Fällen ausnahmsweise trotzdem aus bereicherungsrechtlichen Überlegungen gerechtfertigt sein kann, einen Anspruch auf Gewinnherausgabe zu gewähren.

Nach *Koziol* lässt sich ein Anspruch auf Herausgabe dieser Vorteile durch eine Weiterentwicklung bereicherungsrechtlicher Grundsätze rechtfertigen, sofern wenigstens eine abgeschwächte Zuweisung vorliegt. Der Beeinträchtigte sei zumindest relativ besser berechtigt als der Eingreifer. Es sei sachgerecht, eher demjenigen, dem das Gut gehöre und der durch den Eingriff einen Nachteil erlitten habe, den durch Zerstörung seiner Sache erzielten Vorteil zukommen zu lassen, als jenem, der ein fremdes Gut zerstöre. Schwäche man aber auf der einen Seite die Zuweisung ab, müsse man die Anspruchsvoraussetzungen auf der anderen Seite verschärfen. Dies geschähe in den immaterialgüterrechtlichen Regelungen durch ein Verschuldenserfordernis.³⁸⁹ Allerdings geht das Verschuldenserfordernis nach *Koziol* zu weit. Ausreichend sei – um eine Abstufung gegenüber dem Schadenersatzrecht zu bewahren – die Voraussetzung eines objektiv sorgfaltswidrigen Eingriffs.³⁹⁰ Mit dieser geringfügigen Korrektur ließe sich die immaterialgüterrechtliche Gewinnabschöpfung »fugenlos in ein konsistentes Gesamtsystem« einfügen. Mache sich jemand sorgfaltswidrig das Gut eines anderen zu Nutze und erlange daraus einen Vorteil, so solle er diesen Vorteil selbst dann herausgeben, wenn dieser konkret nicht dem Eigentümer zugewiesen wäre. Die generelle Zuweisung des Gutes mache seinen Inhaber jedenfalls im Verhältnis zum sorgfaltswidrigen Eingreifer relativ besser dazu berechtigt, den aus der Nutzung des Gutes gezogenen Vorteil zu erlangen.³⁹¹ In diesem Sinne argumentiert auch *Dreier*, eine Zuordnung des Gewinns führe sowohl beim Verletzten als auch beim Verletzer zu einer ungerechtfertigten Vermögensbesserstellung. Die Frage laute daher nicht, ob der durch die Verletzung erzielte Gewinn dem Verletzten oder dem Verletzer zustehe, sondern wem von beiden der einmal rechtswidrig angefallene Gewinn eher gebühre. Auch *Dreier* beantwortet die Frage zugunsten des Verletzten.³⁹²

Den verallgemeinerungsfähigen Kern des Anspruchs fasst *Koziol* folgendermaßen zusammen: »Konnte der Verletzer eines geschützten

389 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/42 f.

390 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/43.

391 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/44.

392 *Dreier*, Kompensation und Prävention 550.

Gutes durch einen Eingriff, der nicht in einer Verwendung im eigentlichen Sinn besteht, einen Vorteil erzielen, der nicht mehr vom Zuweisungsgehalt des verletzten Gutes erfasst ist, so kann der verletzte Rechtsgutinhaber diesen dann herausverlangen, wenn dem bereicherten Verletzer eine objektive Sorgfaltswidrigkeit an der Verletzung vorzuwerfen ist.«³⁹³

Ihre Grenzen sollte diese Abschöpfung aber meines Erachtens dort finden, wo der Vorteil auf maßgebliche Eigenleistungen des Verletzers zurückgeht. Selbst wenn der Verletzer sorgfaltswidrig handelt, sollte doch der Vorteil, den er überwiegend durch eigene Leistungen geriert, nicht ohne weiteres dem Eigentümer zukommen, zumal dieser weder einen Nachteil erlitten noch zur Gewinnschöpfung beigetragen hat. Er erhält ohnehin eine angemessene Benützungsgebühr, womit nach meinem Dafürhalten die Störung der Zuweisungsordnung angemessen ausgeglichen ist. Sicherlich verliert das Bereicherungsrecht damit in jenen Fällen, in denen der Eingreifer durch eigene Leistungen Gewinn aus einer rechtsgrundlosen Nutzung einer fremden Sache schöpft, an Präventivwirkung. Dieses Problem ist aber meines Erachtens eher hinzunehmen als eine unbeschränkte Umverteilung eines Vorteils zu jemandem, der konkret nichts zur Vorteilsentstehung beigetragen hat, und der für den Eingriff ohnehin ein entsprechendes Benützungsentgelt erhält. In diesen Fällen ist auch der immaterialgüterrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch meiner Ansicht nach nicht gerechtfertigt.

D. Zwischenresümee

Bei einem rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff in sein Immaterialgüter- beziehungsweise Kennzeichenrecht kann der Verletzte nach UrhG, PatG, MSchG und UWG die Herausgabe des Gewinns verlangen, den der Verletzer durch den Eingriff erzielt hat. Ähnlich wie der Pauschalersatz ist die Gewinnabschöpfung im österreichischen Zivilrecht dem ersten Anschein nach ein Fremdkörper, weil sie grundlegenden schadenersatz- und bereicherungsrechtlichen Grundsätzen widerspricht. Denn einerseits richtet sie sich auf die Herausgabe eines beim Verletzer eingetretenen Vermögensvorteils, weshalb es sich von der Rechtsfolge

393 *Koziol*, Grundfragen Rz 2/46.

nicht um einen Schadenersatzrechtlichen, sondern um einen bereicherungsrechtlichen Anspruch handelt. Andererseits setzt der Anspruch ein Verschulden voraus, was wiederum dem Bereicherungsrecht fremd ist; auch spricht seine systematische Stellung eher für einen Schadenersatzrechtlichen Anspruch.

Die Gewinnabschöpfung ist auf Fälle zugeschnitten, für die weder das Bereicherungsrecht noch das Schadenersatzrecht eine Lösung anbietet. Daher ist es auch nicht verwunderlich, dass sie weder mit bereicherungsrechtlichen noch mit Schadenersatzrechtlichen Grundsätzen vollends vereinbar ist. In der Überschreitung von Bereicherungs- und Schadenersatzrecht liegt letztlich ihr praktischer Zweck. Die Gewinnabschöpfung soll gerade in Fällen eine Lösung bieten, in denen ein rechtswidriger Eingriff keinen (nachweisbaren) Schaden auslöst und beim Eingreifenden zu nicht vom Zuweisungsgehalt des verletzten Rechtsguts erfassten Gewinnen führt, die folglich mithilfe des Bereicherungsrechts nicht abgeschöpft werden können. Ein Paradebeispiel (wenn auch nicht aus dem Immaterialgüterrecht) ist der vom deutschen BGH entschiedene Fall der Caroline von Monaco: Eine Zeitschrift griff in das Recht auf Privatsphäre der Prinzessin ein, indem sie ein erfundenes Interview veröffentlichte und erzielte durch den Verkauf der einschlägigen Ausgaben einen großen Verkaufsgewinn. Diesem Gewinn korrespondierte auf Seiten der Prinzessin kein Vermögensschaden und ihr Recht auf Privatsphäre wies ihr nicht den Nutzen eines nicht gegebenen Interviews zu. Der Gewinn lag daher außerhalb des Zuweisungsgehalts und außerhalb der Voraussetzungen eines Schadenersatzes. In solchen Fällen soll die Gewinnabschöpfung Abhilfe schaffen. Diese Problematik mag zwar bei Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen sehr häufig sein, gerade das Beispiel der Caroline von Monaco zeigt aber, dass sie auch bei anderen Rechtsgütern eintreten können.

Es stellt sich die Frage, wie dieses Problem auf Grundlage des allgemeinen Schadenersatz- und Bereicherungsrechts zu lösen und wie mithilfe allgemeiner Regeln eine Gewinnabschöpfung zu begründen wäre. Nach allgemeinen Schadenersatzrechtlichen Prinzipien lässt sich rechtfertigen, bei Schwierigkeiten des Schadensnachweises die Bereicherung des Schädigers als Zurechnungselement zu berücksichtigen und dem Geschädigten einen Anspruch auf Herausgabe dieser Bereicherung einzuräumen. Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts verbietet es aber, einen solchen Anspruch einzuräumen, wenn erwiesenermaßen

kein Schaden vorliegt. Mit schadenersatzrechtlichen Prinzipien lässt sich daher nur eine Vermutungsregel begründen.

In Weiterentwicklung bereicherungsrechtlicher Grundsätze ließe sich ein über den Zuweisungsgehalt hinausgehender Anspruch mit einem »relativen Zuweisungsgehalt« rechtfertigen. Beim relativen Zuweisungsgehalt wird nicht gefragt, wem der entstandene Nutzen schlechthin zugewiesen ist, sondern wem von den beiden Beteiligten (Bereicherungsschuldner oder Bereicherungsgläubiger) er eher zugewiesen werden sollte. Da diese Regel gegenüber dem allgemeinen Bereicherungsrecht den Zuweisungsgehalt erweitert, ist es sachgemäß, zum Ausgleich dafür die Anspruchsvoraussetzungen restriktiver zu gestalten. In diesem Sinne knüpfen die derzeitigen immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen den Anspruch auf Gewinnherausgabe an ein Verschulden. Ausdifferenzierter ist *Koziols* Ansatz, der objektive Sorgfaltswidrigkeit genügen lässt und damit eine Abgrenzung der Gewinnabschöpfung zum Schadenersatzrecht aufrechterhält. Mit dieser gegenüber den derzeitigen immaterialgüterrechtlichen Regelungen nur geringfügigen Änderung ließe sich nicht nur die Gewinnabschöpfung mit dem allgemeinen Bereicherungs- und Schadenersatzrecht in Einklang bringen, sondern auch eine über das Immaterialgüterrecht hinausgehende allgemeine Gewinnabschöpfung rechtfertigen.

Diese Abschöpfung sollte aber meines Erachtens dort ihre Grenzen finden, wo der Vorteil auf maßgebliche Eigenleistungen des Verletzers zurückgeht. Selbst wenn der Verletzer sorgfaltswidrig handelt, wäre es nicht sachgemäß, einen durch den Verletzer überwiegend aufgrund eigener Leistungen generierten Vorteil ohne weiteres dem Eigentümer zukommen zu lassen, soweit dieser weder einen Nachteil erlitten noch zur konkreten Gewinnschöpfung beigetragen hat. Er erhält ohnehin eine angemessene Benutzungsgebühr; damit ist die Störung der Zuweisungsordnung auch angemessen ausgeglichen.

□

IV. Ersatz ideeller Schäden

A. Allgemeines

Bei der Verletzung von Urheber-, Patent- und Markenrechten gebührt nach § 87 Abs 2 UrhG, § 150 Abs 4 PatG und § 53 Abs 4 MSchG auch für solche Nachteile Ersatz, die »in keinem Vermögensschaden bestehen«. Dasselbe gilt nach § 16 Abs 2 UWG für Wettbewerbsverletzungen. Ideelle Schäden sind im Anwendungsbereich dieser Gesetze somit kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung ersatzfähig.

Anders als der pauschale Schadenersatzanspruch zielt der Ersatzanspruch für ideelle Schäden darauf ab, einen – wenn auch immateriellen – tatsächlich vorhandenen Nachteil auszugleichen. Es handelt sich also um keine Straf- oder Bußzahlung, sondern um einen schadenersatzrechtlichen Ausgleich.³⁹⁴ Allgemein hat sich mittlerweile die Ansicht durchgesetzt, beim Ersatz für ideelle Schäden handle es sich nicht um eine Privatsühne, Buße oder Genugtuung,³⁹⁵ sondern um einen echten Nachteilsausgleich.³⁹⁶ Dem entsprechend gelten die allgemeinen Regelungen der Verschuldenshaftung, weshalb der Geschädigte Schaden, Verursachung, Rechtswidrigkeit und Verschulden vorbringen und beweisen muss. Dies gilt auch im Immaterialgüter- und Wettbewerbs-

394 *Guggenbichler* in *Kuesko/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 13; *Frauenberger*, Glosse zu OLG Wien 26. 3. 1998, 1 R 31/98 f – Brigitte Binder – MR 1998, 123; anders *Briem*, GRURInt 1999, 936 (945), der dem ideellen Schadenersatz Strafcharakter beimisst.

395 So noch *Strasser*, Der immaterielle Schaden 16 ff. Anzumerken ist aber, dass *Strassers* Charakterisierung des Ersatzes für immaterielle Schäden mehr terminologisch als der Sache nach vom moderneren Verständnis abweichen dürfte. Zwar spricht er von »Genugtuung«, worunter häufig eine Art Buße verstanden wird. *Strasser* versteht aber den Begriff der »Genugtuung« im Sinne einer Leistung, die eine »erlittene Einbuße zwar nicht ausgleicht, aber vorausgesetzt es findet eine vernünftige Abwägung statt, doch aufwiegt.« Einen »Strafcharakter« des Ersatzes lehnt er ausdrücklich ab. Vgl *Strasser*, Der immaterielle Schaden 19.

396 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (253 f); *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 1/14; *Koziol*, Grundfragen Rz 3/3; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 24; *Reischauer* in *Rummel II/2b*³ § 1325 Rz 43; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 88 f, 133 ff.

recht.³⁹⁷ Allerdings genügt hier für die Ersatzpflicht – anders als im ABGB – leichte Fahrlässigkeit, soweit die »besonderen Umstände« des jeweiligen Schadensfalles einen Ersatz immaterieller Schäden rechtfertigen.³⁹⁸ Die Höhe des ideellen Schadenersatzes ist nach § 273 ZPO zu bestimmen.³⁹⁹

Ersatz ideeller Schäden kann sowohl neben als auch unabhängig von den sonstigen schadenersatzrechtlichen Ansprüchen geltend gemacht werden. Immaterialschadenersatz gebührt daher nicht nur zusätzlich zum Anspruch auf den konkreten Vermögensschaden, der den positiven Schaden und entgangenen Gewinn umfasst, sondern auch zusätzlich zum pauschalierten Schadenersatzanspruch und zur Gewinnabschöpfung.⁴⁰⁰ Die maßgeblichen Rechtsvorschriften lauten wie folgt:

§ 87 UrhG. (1) Wer durch eine Zuwiderhandlung gegen dieses Gesetz einen anderen schuldhaft schädigt, hat dem Verletzten ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen. (2) Auch kann der Verletzte in einem solchen Fall eine angemessene Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile verlangen, die er durch die Handlung erlitten hat. [...]

§ 150 PatG. [...] (4) Der Verletzte hat auch Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile, die er durch die schuldhaft Patentverletzung erlitten hat, soweit dies in den besonderen Umständen des Falles begründet ist.

§ 53 MSchG. [...] (4) Der Verletzte hat auch Anspruch auf eine angemessene Entschädigung für die in keinem Vermögensschaden bestehenden Nachteile, die er durch die schuldhaft Markenverletzung erlitten hat, soweit dies in den besonderen Umständen des Falles begründet ist.

§ 34 MuSchG. Wer in seinem Musterrecht verletzt worden ist, hat Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinnes, [...] Die §§ 147 bis 154 des Patentgesetzes 1970 gelten sinngemäß.

397 *Guggenbichler* in *Kucsco/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 14f, 18; *Guggenbichler* in *Kucsco/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 58; *Schönherr/Kucsco*, GRURInt 1982, 282 (284); *Briem*, GRURInt 1999, 936 (945); OLG Wien 26.3.1998, 1 R 31/98f – Brigitte Binder – MR 1998, 123 (*Frauenberger*); OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239.

398 Zu den »besonderen Umständen« unten, IV.C.2.

399 *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 15.

400 *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG § 87 Rz 20; *Guggenbichler* in *Kucsco/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 26; *Guggenbichler* in *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 8, 19; *Walter*, Entscheidungsanmerkung zu OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91 – MR 1993, 20; *Guggenbichler* in *Kucsco/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 55; OGH 9.11.2010, 4 Ob 173/10k, ÖBl-LS 2011/48.*

§ 41 GMG. Wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden ist, hat Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinnes, [...] Die §§ 147 bis 157 des Patentgesetzes 1970 sind sinngemäß anzuwenden.

§ 16 UWG. (1) Wer auf Grund dieses Gesetzes berechtigt ist, einen Anspruch auf Schadenersatz zu stellen, kann auch den Ersatz des entgangenen Gewinns fordern. (2) Außerdem kann das Gericht einen angemessenen Geldbetrag als Vergütung für erlittene Kränkungen oder andere persönliche Nachteile zusprechen, wenn dies in den besonderen Umständen des Falles begründet ist.

B. Fallbeispiele

Die folgenden Entscheidungen veranschaulichen die Bedeutung sowie einige umstrittene Problemfelder ideeller Schäden im Immaterialgüterrecht und dienen der anschließenden Analyse als Fallbeispiele.

1. WIN⁴⁰¹

Im Fall WIN, dessen Sachverhalt bereits oben im Hinblick auf den Ersatz von Vermögensschäden dargestellt wurde,⁴⁰² begehrte die verletzte Künstlerin nach § 87 Abs 2 UrhG auch Ersatz für immaterielle Schäden.

Bei der Auslegung des § 87 Abs 2 UrhG bezog sich der OGH auf die Materialien zum UrhG, insbesondere auf ihren Verweis auf §§ 103, 108 PatG 1897⁴⁰³ und § 16 UWG 1923.⁴⁰⁴ Diese mittlerweile außer Kraft getretenen Bestimmungen gewährten (so wie die geltende Fassung der § 150 Abs 4 PatG, § 53 Abs 4 MSchG und § 16 Abs 2 UWG) einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens zwar schon bei leichter Fahrlässigkeit, dies aber nur dann, wenn es »in den besonderen Umständen des Falles begründet ist.« Aus dem Verweis in den Materialien zog der OGH den Schluss, auch im Urheberrecht müsse ein Ersatz auf immateriellen Schaden in den besonderen Umständen des Falles begründet sein. Dies sei zu bejahen, soweit die Beeinträchtigung den mit jeder Urheberrechtsverletzung verbundenen Ärger übersteige, es sich also um eine

401 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (Walter).

402 Vgl bei Kapitel II.

403 RGBl Nr 30/1897.

404 BGBl Nr 531/1923.

»ganz empfindliche Kränkung« handle, wozu der Kläger konkrete Behauptungen aufstellen müsse. Ob eine ganz empfindliche Kränkung vorliege, sei nicht nur bei der Verletzung von Verwertungsrechten, sondern auch bei der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten zu prüfen.

Die Künstlerin WIN hatte aus Sicht des OGH jedoch keinen besonderen Ärger behauptet und auch die Sachverhaltsfeststellungen enthielten keine einen besonderen Ärger begründenden Anhaltspunkte. Die Veröffentlichung verkleinerter Bilder ohne Urheberbezeichnung für sich bewirke noch keine empfindliche Kränkung, werde doch dadurch weder der Ruf noch das künstlerische Ansehen der Urheberin beeinträchtigt.

2. Den Kopf zwischen den Schultern⁴⁰⁵

In der Entscheidung »Den Kopf zwischen den Schultern« bejahte der OGH das Erfordernis der »besonderen Umstände« und sprach einen Ersatzanspruch zu. Es ging um folgenden Sachverhalt:

Die Drehbuchautorin und Regisseurin des Dokumentarfilms »Den Kopf zwischen den Schultern« gewährte einem Fernsehsender das Recht, diesen Film auszustrahlen. Allerdings kürzte der Sender den Film von 60 auf 45 Minuten, ohne dies mit ihr zu besprechen. Mit der Kürzung waren wesentliche inhaltliche Änderungen verbunden, so dass die zentrale Aussage des Films, auf die auch der Titel anspielt, verloren ging. Es trat weder ein finanzieller Schaden ein, noch kam ein pauschaler Ersatz nach § 87 Abs 3 UrhG in Frage, weil nur ein Urheberpersönlichkeitsrecht (das Änderungsverbot des § 20 UrhG) verletzt wurde, wofür § 87 Abs 3 UrhG nicht anwendbar ist. Die Autorin begehrte aber Ersatz für ideelle Schäden nach § 87 Abs 2 UrhG. Der OGH gewährte ihr diesen Ersatzanspruch und begründete seine Entscheidung folgendermaßen:

§ 87 Abs 2 UrhG schütze die ideellen Beziehungen des Urhebers zu seinem Werk. Diese Beziehungen würden nicht nur die rein subjektive innerliche Gefühlssphäre betreffen, sondern auch den äußeren Bereich der Persönlichkeit, wie Ansehen und Ruf. Grundsätzlich könne der durch einen Urheberrechtseingriff verursachte immaterielle Schaden in reinen Gefühlsschäden oder in der Beeinträchtigung

405 OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (Walter).

des äußeren Bereiches der Persönlichkeit bestehen. Anders als reine Gefühlsschäden seien Beeinträchtigungen des äußeren Bereichs der Persönlichkeit leichter objektivierbar. Die mangelnde Objektivierbarkeit reiner Gefühlsschäden begründe die allgemein restriktive Haltung der Rechtsprechung gegenüber ihrem Ersatz. Auch im Anwendungsbereich des § 87 Abs 2 UrhG sollten reine Gefühlsschäden nur dann ersetzt werden, sofern sie intersubjektiv nachvollziehbar seien. Dies könne der Fall sein, wenn ein Durchschnittsmensch ähnliche Unlustgefühle verspüren würde, oder äußere Integritätsverletzungen auf Gefühlsschäden schließen lassen würden.

Zudem müsse der Ersatz immaterieller Schäden im Urheberrecht durch besondere Umstände gerechtfertigt sein. Dies komme in Betracht, soweit eine ganz empfindliche Kränkung eintrete, die den mit jeder Beeinträchtigung eines Urheberrechts verbundenen Ärger übersteige. Der Kläger müsse darlegen, worin seine empfindliche Kränkung bestehe, falls sich dies nicht schon aus der Behauptung der beeinträchtigten Interessen ergäbe. Mit »Kränkung« und »Ärger« sei dabei nicht allein das subjektive Empfinden des Verletzten gemeint, sondern maßgebend sei vielmehr, ob und in welchem Ausmaß seine Persönlichkeit im weitesten Sinn – Gefühlssphäre, geistige Interessen und äußerer Bereich der Persönlichkeit – in objektivierbarer Weise beeinträchtigt wurde. Im vorliegenden Fall sei ein besonderer Ärger deshalb anzunehmen, weil die Kürzungen den Film derart verändert hätten, dass die Filmaussage nicht mehr zur Geltung kam.

3. Rauchfänge⁴⁰⁶

Die Rauchfänge-Entscheidung ist deshalb interessant, weil sich der OGH hier eingehend mit jenen Argumenten auseinandersetzt, die sich gegen die Voraussetzung eines besonderen Ärgers bei Urheberverletzungen richten. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Fotograf zeigte in einer Ausstellung Fotografien von Rauchfängen. Ein Fernsehsender produzierte einen Fernsehbeitrag zum Thema Rauchfänge, der sowohl in der Natur gefilmte Rauchfänge als auch einige Fotos der Ausstellung dokumentierte. Dafür holte er keine Zustimmung des Fotografen ein. Da die Fotos nur ausschnittsweise und

406 OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (Mahr).

ohne Rahmen wiedergegeben wurden, konnte der Zuseher nicht unterscheiden, ob es sich um in natura gefilmte Rauchfänge oder um gefilmte Bilder handelte. Zwar wies der Fernsehbeitrag am Ende auf die Ausstellung zum selben Thema hin, erwähnte allerdings weder den Namen des Fotografen noch die Tatsache, dass der Fernsehbeitrag Fotos seiner Ausstellung enthielt.

Mit der Verbreitung der Fotos verstieß der Fernsehsender gegen die dem Fotografen vorbehaltenen Verwertungsrechte (§ 74 Abs 1 UrhG). Da er die Werke nur ausschnittsweise wiedergab, die Begleittexte und Rahmen wegließ und den Namen des Fotografen nicht erwähnte, verletzte der Sender außerdem die dem Schutz geistiger Interessen des Lichtbildherstellers dienenden Rechte (§ 74 Abs 3 UrhG). Der Fotograf begehrte Bezahlung eines angemessenen Entgelts nach § 86 UrhG, Ersatz für materielle Schäden nach § 87 Abs 3 UrhG⁴⁰⁷ und Ersatz für immaterielle Schäden nach § 87 Abs 2 UrhG. Hinsichtlich der immateriellen Schäden argumentierte der Fotograf, eine Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten verursache immer ersatzfähige ideelle Schäden im Sinne des § 87 Abs 2 UrhG.

Der OGH erörterte zunächst zwar jene Lehrmeinungen, die bei der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten keinen besonderen Ärger fordern. Er blieb aber letztlich bei seiner Rechtsprechung, wonach auch für Urheberpersönlichkeitsrechte ein ideeller Schaden nur dann zu ersetzen ist, wenn die Beeinträchtigung den mit jeder Urheberrechtsverletzung typischerweise verbundenen Ärger übersteigt und eine empfindliche Kränkung vorliegt.

Der Zuspruch einer Entschädigung setze konkrete Behauptungen voraus, welche Nachteile persönlicher Art entstanden seien und warum das Verhalten des Schädigers als besondere Kränkung empfunden werde. Als Beispiel nennt das Gericht die oben dargestellte Entscheidung »Den Kopf zwischen den Schultern«⁴⁰⁸ sowie die Entscheidung Colorbilder,⁴⁰⁹ die sich auf einen Fall bezog, in dem Fotoreproduktionen so unsachgemäß hergestellt wurden, dass der Kunde fälschlich auf

407 Hinsichtlich des Pauschalersatzes nach § 87 Abs 3 UrhG ist diese Entscheidung deshalb bedeutsam, weil der OGH hier erstmals aussprach, dass für einen Pauschalersatz kein Grundschaden nachgewiesen werden muss.

408 OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (Walter).

409 OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268.

mangelnde Qualität der vom klagenden Fotografen gelieferten Fotografien schließen musste.

In Übereinstimmung mit den Wertungen dieser beiden Entscheidungen bejahte der OGH auch im vorliegenden Fall eine Ersatzpflicht mit der Begründung, die Fotos seien in einer Art und Weise wiedergegeben, die das Publikum nicht habe erkennen lassen, dass es sich um gefilmte Fotos handelte. Zudem habe der Fernsehsender den Eindruck erweckt, das Thema »Rauchfänge« sowie die besondere Aufbereitung und Gestaltung des Themas stamme vom Sender selbst, obwohl sie tatsächlich der Ausstellung entnommen worden waren. Dies führe zu einem Ersatzanspruch nach § 87 Abs 2 UrhG.

C. Problemfelder

1. Verhältnis zum allgemeinen Schadenersatzrecht

a. *Ideelle Schäden im allgemeinen Schadenersatzrecht*

Die herrschende Meinung definiert einen ideellen Schaden als einen solchen, der nicht das Vermögen vermindert, sondern das Gefühls- und Seelenleben des Geschädigten betrifft. Ideelle Schäden werden daher auch als »Gefühlsschäden« bezeichnet.⁴¹⁰ Manche unterscheiden zwischen kaum objektivierbaren, sich nur im Inneren des Geschädigten ereignenden Seelen- und Gefühlsschmerzen einerseits, und Fällen, in denen primär eine objektive Persönlichkeitsminderung den Ersatz auslöst und die Seelen- und Gefühlsschmerzen eine Begleiterscheinung dieser Persönlichkeitsminderung sind, andererseits.⁴¹¹ Auf die Bedeutung dieses Unterschiedes wird noch zurückzukommen sein.

Zwischen Rechtsprechung und Literatur besteht ein grundlegender Meinungsstreit darüber, ob das ABGB allgemein einen Ersatzanspruch für ideelle Schäden gewährt oder ob ein solcher Anspruch nur in den vom Gesetz ausdrücklich angeordneten Fällen besteht. Zu nennen wären insoweit etwa das Schmerzensgeld nach § 1325, die Entschädigung

410 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/102; *Koziol*, Grundfragen Rz 5/9; *Karner/Koziol*, Ersatz ideeller Schadens 11; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 72; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1353; *Reischauer* in Rummel II/2a³ § 1293 Rz 15; *Strasser*, Der immaterielle Schaden 9; *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (175, Fußnote 10).

411 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (243); *Mahr*, wbl 1994, 69 (73 f).

bei geschlechtlichem Missbrauch nach § 1328 oder das Affektionsinteresse nach § 1331.⁴¹² Der Rechtsprechung des OGH folgend, gebührt Ersatz für ideelle Schäden nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung.⁴¹³ Gewichtige Teile der Literatur kritisieren aber, dies führe zu unsachlichen und willkürlichen Ergebnissen.⁴¹⁴ *Strasser* bezeichnet die Resultate als »unmenschlich« und »grotesk«,⁴¹⁵ *F. Bydlinski* als ein »konfuses Durcheinander, das jeder Vernunft wie jeder Gerechtigkeit spottet«. ⁴¹⁶ Mit unterschiedlichen Begründungen hält das Schrifttum dem OGH entgegen, das ABGB sehe sehr wohl einen allgemeinen Ersatzanspruch für ideelle Schäden vor.

Nach *Strasser* umfasst der Schadensbegriff des § 1293 ABGB auch ideelle Nachteile, weil der Begriff solange den Umfang des zu ersetzenden Schadens bestimme, als das Gesetz nichts Gegenteiliges sage. Soweit daher nicht ausdrücklich Anderes vorgesehen sei, enthalte der Anspruch auf Schadenersatz auch den immateriellen Schaden – und zwar als Teil des positiven Schadens.⁴¹⁷ *F. Bydlinski* und anknüpfend an diesen *Koziol* und *Karner* deduzieren die allgemeine Ersatzpflicht für ideelle Schäden aus § 1323 ABGB. Diese Bestimmung nenne neben dem entgangenen Gewinn die »Tilgung der verursachten Beleidigung« als weiteren Teil der vollen Genugtuung, womit der Ersatz ideeller Schäden gemeint sei.⁴¹⁸ Je nachdem, mit welcher der beiden Argumentationen eine allgemeine Ersatzpflicht begründet wird, zieht dies entweder den Schluss nach sich, den ideellen Schaden als Teil des positiven Schadens bei jedem Verschulden⁴¹⁹ oder aber als Teil

412 Überblick über die Diskussion bei *Strasser*, Der immaterielle Schaden 32 ff; *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 und 237; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 17 ff; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 74 ff; *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1324 Rz 11.

413 Zur Entwicklung dieser Rechtsprechung kritisch *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (178 f); aus der jüngeren Rechtsprechung vgl OGH 26.4.1989, 3 Ob 544/88, EvBl 1989/128; OGH 12.7.2000, 9 Ob 36/00k, ZVR 2001; obiter OGH 17.12.2013, 4 Ob 154/13w, MR 2014, 66.

414 *Strasser*, Der immaterielle Schaden 53 ff; *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (183, 185 f); *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 22. Den Meinungsstreit beschreibt auch *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1324 Rz 10 ff, allerdings ohne sich eindeutig zu positionieren.

415 So im Wortlaut *Strasser*, Der immaterielle Schaden 53.

416 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (186).

417 *Strasser*, Der immaterielle Schaden 46 ff.

418 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (247 f), diesem folgend *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/2 ff; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 22 f; *Karner*, ZVR 2001, 287; ebenso *Ostheim* in GS Schönherr 367 (375); in diese Richtung auch *Gschnitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil 162 und *Ehrenzweig*, JBl 1910, 169 (169 f).

419 *Strasser*, Der immaterielle Schaden 50, 52.

der vollen Genugtuung nur bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz anzuerkennen.⁴²⁰

Eine umfassende und den Diskurs nachhaltig prägende Kritik an der restriktiven Rechtsprechung des OGH formulierte *F. Bydlinski*⁴²¹ in den sechziger Jahren. *Bydlinskis* Argumentation lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die Beschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden auf die ausdrücklich angeordneten Fälle weder im Gesetz Deckung findet⁴²² noch zu rechtspolitisch wünschenswerten Ergebnissen führt. *Bydlinski* folgend würden sowohl Gesetz als auch rechtspolitische Erwägungen vielmehr dazu zwingen, den Ersatz für ideelle Schäden gerade nicht auf die expliziten gesetzlichen Anordnungen zu beschränken. Die vereinzelt, ausdrücklich geregelten Fälle stünden nämlich in keinem systematischen Zusammenhang und bildeten daher kein kohärentes Gesamtgefüge. Den Ersatzanspruch auf diese punktuellen Regelungen zu beschränken, bedeute willkürliche und unsachliche Differenzierungen zu schaffen.⁴²³

Im Besonderen kritisiert *F. Bydlinski*, der restriktive Ansatz des OGH schließe Ersatzansprüche bei Freiheitsentzug und Ehrenkränkungen allgemein aus. Während Freiheitsentzug einen tiefgreifenden Eingriff in die Persönlichkeit darstelle, sei bei Ehrenkränkungen zwischen alltäglichen kleineren Beleidigungen einerseits und schwerwiegenden Eingriffen in die Würde der Person andererseits zu unterscheiden.⁴²⁴ In diesem Kontext diskutiert *Bydlinski* auch die wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlichen Sondervorschriften, wobei er die Herbeiführung sinnwidriger Differenzierungen und weitreichender Wertungswidersprüche dieser Sondervorschriften, vor allem im Zusammenspiel mit der (zu) restriktiven Rechtsprechung, moniert. Während der OGH beispielsweise selbst für schwerwiegende Ehrenbeleidigungen pauschal keine Ersatzansprüche gewähre, könne bei im Wettbewerb stattfindenden oder mit der Veröffentlichung eines Bildes (§ 78 UrhG) einhergehenden Ehrenbeleidigungen aufgrund der wettbewerbs- und

420 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (247, 251); *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 22; *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 78.

421 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 und 237.

422 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (179, 238 f, 247): »nicht die geringste normative Grundlage«.

423 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 und 237.

424 Vgl die Beispiele bei *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (185 f).

immateriälgüterrechtlichen Sonderregelungen schon bei leichter Fahrlässigkeit Ersatz begehrt werden.⁴²⁵

Zwar hält der OGH nach wie vor daran fest, dass immaterieller Schaden nur bei ausdrücklicher Anordnung ersetzt werden soll.⁴²⁶ Im Ergebnis hat der Meinungsstreit dennoch an Schärfe verloren, weil Rechtsprechung und Gesetzgebung mittlerweile in besonders stark umstrittenen Bereichen großzügiger geworden sind: Anders als früher gewährt der OGH heute unter bestimmten Voraussetzungen beim Freiheitsentzug sehr wohl Ersatz für immaterielle Schäden. Konkret gebührt Ersatz, wenn inländische Hoheitsträger eine Freiheitsverletzung verantworten, selbst wenn sie nicht schuldhaft handeln.⁴²⁷ Auch bei einer vorsätzlichen Freiheitsverletzung durch Private gewährt der OGH einen Ersatzanspruch für ideelle Schäden.⁴²⁸ § 1328 ABGB sieht seit seiner Novellierung im Jahr 1996⁴²⁹ bei geschlechtlichem Missbrauch zudem einen Ersatz ideeller Schäden vor, und der am 1.1.2004 in Kraft getretene § 1328a ABGB⁴³⁰ gewährt einen solchen für Verletzungen der Privatsphäre. Einen weiteren Schritt in (nach *Koziol/Karner*⁴³¹ die richtige) Richtung eines großzügigeren Zuspruchs von Immaterialschadenersatz machte der OGH in seiner Trauerschmerz-Entscheidung,⁴³² wonach die Trauer über die Tötung eines nahen Angehörigen bei grob schuldhaftem Verhalten des Schädigers auch dann ersatzfähig ist, wenn die Trauer keinen Krankheitswert erreicht. Der OGH stützte diese Entscheidung auf eine Analogie, übernahm aber nicht die in der Lehre vertretene Ansicht, wonach §§ 1323, 1324 ABGB bei grobem Verschulden allgemein einen Ersatz ideeller Schäden vorsehen.⁴³³

Für die Zurückhaltung gegenüber dem Ersatz für ideelle Schäden gibt es mehrere Gründe. Zunächst mag ein gewisses Unbehagen dabei

425 *F. Bydliński*, JBl 1965, 173 (183). Näheres zu Ehrenbeleidigungen und Bildnisverfälschungen gleich unten, IV.C.1.c.

426 Zuletzt etwa obiter OGH 17. 12. 2013, 4 Ob 154/13w, MR 2014; vgl auch OGH 12. 7. 2000, 9 Ob 36/00k, ZVR 2001/33; kritisch *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 21.

427 OGH 19. 12. 1990, 1 Ob 27, 28/90, JBl 1992, 49; OGH 7. 10. 1992, 1 Ob 31/92, EvBl 1993/57; OGH 23. 6. 1995, 1 Ob 26/95, RZ 1996/51.

428 OGH 1. 3. 1979, 7 Ob 555/79, JBl 1980, 372 (*Koziol*); OGH 27. 3. 1990, 5 Ob 544/90, EvBl 1990/135.

429 BGBl I Nr 759/1996, dazu *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 161 ff; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 92 ff.

430 Eingeführt durch BGBl I Nr 91/2003.

431 *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 21, 81 f.

432 OGH 16. 5. 2001, 2 Ob 84/01v, ZVR 2001/73 (Glosse von *Karner*, ZVR 2001, 287).

433 Dazu *Karner*, ZVR 2001, 287.

empfundener Verletzung ideeller Güter in Geld abzulösen, weil dies – zumindest auf den ersten Blick – zu einer sittenwidrigen Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten führen könnte.⁴³⁴ Bei genauerem Hinsehen ist diese Sorge allerdings unbegründet, weil es nicht darum geht, über ideelle Güter zu disponieren und sie freiwillig gegen ein Entgelt preiszugeben. Das Ziel besteht vielmehr allein darin, dem Berechtigten einen Ausgleich zu verschaffen, falls diese Güter gegen seinen Willen verletzt werden.⁴³⁵ Das aufkommende Unbehagen, die Verletzung eines ideellen Gutes in Geld auszudrücken, veranlasste *Strasser*⁴³⁶ dazu, dem Ersatz ideeller Nachteile eine Ausgleichsfunktion im engeren Sinne abzusprechen und ihn als »Genugtuung« zu qualifizieren, die eine erlittene Einbuße zwar nicht ausgleichen, wohl aber aufwiegen könne. Seine Terminologie lässt dem ersten Anschein nach vermuten, dass er den Immaterialschadenersatz als Strafzahlung versteht. *Strasser* lässt sich aber auch anders deuten, verwendet er den Begriff der Genugtuung doch in einem Sinne, der durchaus dem heutigen Verständnis der »Ausgleichsfunktion« des Ersatzes ideeller Schäden entspricht. Danach gebührt der Ausgleich nicht für das verletzte Gut selbst, sondern für die aufgrund der Verletzung erlittenen Unlustgefühle. Durch die Ersatzleistung erhält der Geschädigte die Möglichkeit, sich ausgleichende Lustgefühle und Lebensfreude zu verschaffen.⁴³⁷

Der eigentliche – meines Erachtens allein überzeugende – Hauptgrund für die Vorbehalte gegen den Ersatz ideeller Schäden liegt in der typischerweise bestehenden Schwierigkeit, ideelle Schäden festzustellen und in Geld zu bemessen. Es fehlt naturgemäß an objektiven Kriterien zur Beantwortung der Frage, ob und in welchem Maße ein Mensch einen ideellen Schaden erlitten hat und welcher Geldeswert diesem Gefühlsschaden entspricht. Dieses Problem wird nicht nur vom OGH hervorgehoben,⁴³⁸ sondern im Anschluss an *F. Bydlinski* gerade auch von jenen Teilen der Literatur, die sich gegen die restriktive Haltung des OGH aussprechen und in § 1323 ABGB eine Generalklausel sehen, die – bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz – einen Ersatz des

434 Zu diesem Argument *Koziol*, Grundfragen Rz 5/13; *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (244 f).

435 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (253).

436 *Strasser*, Der immaterielle Schaden 16 ff.

437 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (254); *Koziol*, Grundfragen Rz 3/20; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 25 f.

438 Vgl die Begründung der oben dargestellten Entscheidung OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (*Walter*).

immateriellen Schadens (als »Tilgung der verursachten Beleidigung«) gewährt.⁴³⁹

Diese Sorge besteht meines Erachtens jedenfalls für einen Teil immaterieller Schäden zu Recht. Ersatzpflichten für Schäden im Gefühlsleben sind mit der Gefahr arbiträrer Ergebnisse verbunden, weil sich individuelle Kränkungen häufig intersubjektiven Bewertungskriterien entziehen. Der eine kränkt sich aufgrund derselben Beleidigung mehr, die andere weniger. Vielleicht zeigt der eine es auch nur mehr, oder er spielt gar etwas vor. Dieses Problem tritt aber bei unterschiedlichen Seelenschmerzen unterschiedlich stark zutage. Sind etwa Gefühlsschmerzen mit einer manifesten Verletzung verbunden, bietet diese Verletzung einen intersubjektiven Anknüpfungspunkt zur Bewertung auch ihrer ideellen Dimension. Dies läßt sich gut an Körperverletzungen veranschaulichen: Verliert jemand einen Arm oder ein Bein, erleidet er sicher auch Gefühlsschäden. Dies ist auch beim Verlust eines Fingers der Fall, aber der Gefühlsschaden wird regelmäßig im Vergleich geringer ausfallen. Das Schmerzensgeld ist daher verhältnismäßig leicht objektivierbar und vergleichbar. Aber auch wenn ein naher Angehöriger stirbt, kann meines Erachtens objektiv von einer bestimmten Trauerintensität und einem bestimmten Seelenschmerz ausgegangen werden – unabhängig davon, dass letztlich jeder und jede Einzelne die Trauer unterschiedlich fühlt. Eine bloße Beschimpfung hingegen wird von unterschiedlichen Personen in unterschiedlichen Kontexten jedoch gewiss verschieden erlebt, weshalb bei einem Ersatz für Ehrenkränkungen tatsächlich höchste Vorsicht geboten ist.⁴⁴⁰

Aufgrund dieser Erwägungen fordern jene Teile der Lehre, die im Anschluss an *F. Bydlinski* die restriktive Haltung des OGH kritisieren, nach der Objektivierbarkeit des Schadens einerseits und der Bedeutung des verletzten Rechtsguts andererseits zu differenzieren. Sie schlagen vor, ideelle Schäden umso eher zu ersetzen, je einfacher ein Schaden objektiviert werden kann und desto gewichtiger das verletzte Rechtsgut ist.⁴⁴¹

439 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (247 f), diesem folgend *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/6; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 22 f; in diese Richtung auch *Gschntzer*, Schuldrecht Besonderer Teil 162 und *Ehrenzweig* JBl 1910, 169 (169 f).

440 In diesem Sinne auch *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (242 f); *Koziol*, Grundfragen Rz 5/14; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 39, 98; ähnlich OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345.

441 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (174, 242 f, 247); *Koziol*, Grundfragen Rz 5/12 ff, 3/20; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 2/103, 11/7 ff; *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 144; in

Die verhältnismäßig leichte Feststellbarkeit, Objektivierbarkeit und Vergleichbarkeit von Schmerzen anhand der konkreten Verletzung sowie die Bedeutung des verletzten Rechtsguts (die körperliche Integrität) würden es rechtfertigen und erklären, dass das Gesetz dafür schon bei leichter Fahrlässigkeit Schadenersatz gewährt.⁴⁴² Umgekehrt seien Ehrenkränkungen (§ 1330 ABGB) grundsätzlich nur restriktiv zu ersetzen. Während der OGH den Ersatz für ideelle Schäden bei Ehrenkränkungen generell ausschließt,⁴⁴³ nimmt die an *F. Bydlinski* anknüpfende Lehre eine differenzierende Betrachtung vor, wonach die erwähnten Kriterien der Objektivierbarkeit den Ausschluss von Schadenersatz dann nicht rechtfertigen, wenn Ehrverletzungen zu einer objektiv feststellbaren, schweren Erschütterung des Rufes des Beleidigten und zu einer ernstlichen Beeinträchtigung seiner gesellschaftlichen Stellung führen.⁴⁴⁴

Da selbst das Affektionsinteresse nach § 1331 ABGB ersatzfähig sei, sofern der Täter besonders qualifiziert schuldhaft handelt (nämlich auf Grund einer strafbaren Handlung, aus Mutwillen oder aus Schadenfreude), sei es unsachlich, den Ersatz für Ehrenkränkungen in diesen objektivierbaren Fällen ausnahmslos zu versagen.⁴⁴⁵ Auch reine Gefühlsschäden könnten ersatzfähig sein, falls ein gewichtiges subjektives Unrechtselement oder ein sittenwidriges Verhalten vorliege.⁴⁴⁶

Auch aus Sicht dieser Lehrmeinung soll Ersatz für ideelle Schäden aber nur bei Überschreitung einer gewissen »Erheblichkeitsschwelle« gewährt werden. Das Erfordernis der Erheblichkeit schliesse bloße Unannehmlichkeiten, die mit der Teilnahme am sozialen Leben notwendigerweise verbunden seien, aus der Ersatzpflicht aus. Maßstäbe für die Erheblichkeit seien neben der Schwere des Verschuldens auch die Eingriffshandlung selbst, sowie der Anlass und der Beweggrund des Verletzers. Dem Grundsatz der Erheblichkeit entspreche auch die allgemeine Beschränkung des Ersatzes immaterieller Schäden auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.⁴⁴⁷

diese Richtung weist auch die Argumentation in OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345.

442 *Koziol*, Grundfragen Rz 5/15; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/8; *F. Bydlinski* JBl 1965, 173 (243); *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 81 ff.

443 OGH 13.4.1983, 3 Ob 511/83, EvBl 1983/91; OGH 10.4.1991, 1 Ob 36/89, JBl 1991, 796; OGH 25.1.1996, 6 Ob 37/95, MR 1997, 202.

444 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (252 ff); dem folgend *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 98f.

445 *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 23.

446 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/10.

447 *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 36 ff.

b. Kritik und Rechtfertigung der immaterialgüterrechtlichen Sonderregeln

In der zivilrechtlichen Literatur werden die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen in zweierlei Hinsicht kritisiert.

Zum einen würden die weitreichenden Sonderregeln im Zusammenspiel mit der allgemeinen restriktiven Rechtsprechung des OGH in der gegenwärtigen Rechtspraxis zu sachlich unnachvollziehbaren Unterscheidungen und Wertungswidersprüchen führen. So sieht *F. Bydlinski* keinen sachlicher Grund dafür, warum für Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen schon bei leichter Fahrlässigkeit Ersatz gewährt werde, während, der Rechtsprechung des OGH folgend, außerhalb dieser Sonderrechtsgebiete dem durch gravierende Persönlichkeitsverletzungen bei schwerem Verschulden Betroffenen nur in den einzelnen, gesetzlich ausdrücklich geregelten Fällen, ein Ersatzanspruch zustehen solle.⁴⁴⁸

Zum anderen widersprechen die Sonderregelungen sogar der großzügigeren Lösung des Schrifttums, wonach eine abgestufte Ersatzpflicht aufgrund bestimmter allgemeiner Maßstäbe greifen soll. So sehen *F. Bydlinski*, *Koziol* und *Karner* zwar in §§ 1323, 1324 ABGB eine Generalklausel für den Ersatz immaterieller Schäden, weshalb Ersatz nicht punktuell, sondern allgemein immer dann gewährt werden könne, wenn bestimmte allgemeine Voraussetzungen erfüllt seien. Zu diesen Voraussetzungen gehöre aber insbesondere die grobe Sorgfaltswidrigkeit des Schädigers. Liege nur leichte Fahrlässigkeit vor, so bedürfe der Ersatz einer besonderen Rechtfertigung, während die immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen hingegen schon bei leichter Fahrlässigkeit Ersatz gewähren würden.⁴⁴⁹ Ein solcher, über §§ 1323, 1324 ABGB hinausgehender Ersatzanspruch ließe sich zwar aufgrund der Objektivierbarkeit des Schadens und der Bedeutung des Rechtsguts bei der Körperverletzung (§ 1325 ABGB),⁴⁵⁰ nicht aber für Immaterialgüterrechtsverletzungen rechtfertigen, da weder die Objektivierbarkeit der immateriellen Nachteile noch der Rang des Rechtsgutes nur annähernd dieselbe Stufe erreichen würde.⁴⁵¹

448 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (183 f).

449 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (251 f); *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237, 242 und *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199).

450 *Koziol*, Grundfragen Rz 5/15; *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 11/8; *F. Bydlinski* JBl 1965, 173 (243); *Karner*, Ersatz ideeller Schäden 81 ff.

451 *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 107 f.

Daher begrüßen *F. Bydlinski*, *Koziol* und *Karner* grundsätzlich das Zusatzerfordernis der »besonderen Umstände« und pflichten der Rechtsprechung bei, die den Ersatz des ideellen Schadens auch im Urheberrecht auf Fälle der »erheblichen Kränkung« einschränkt. Diese Erfordernisse seien geeignet, den Widerspruch zum Gesamtsystem des ideellen Schadens zumindest zu verringern.⁴⁵²

Die immaterialgüterrechtliche Literatur rechtfertigt die Erweiterung des Ersatzes für ideelle Schäden wie folgt:

*Schönherr/Kucsko*⁴⁵³ argumentieren im Hinblick auf das Urheber- und Patentrecht, der in diesen Rechtsgebieten geregelte geistig-schöpferische Bereich der Persönlichkeit sei besonders schutzwürdig. Zwar gehen sie nicht näher auf die Argumente von *F. Bydlinski* ein und lassen daher die Frage unbeantwortet, warum andere Bereiche der Persönlichkeit, etwa die Freiheit oder die Ehre, weniger schutzwürdig sein sollen.⁴⁵⁴ Jedoch verweisen sie in diesem Zusammenhang auf *Torggler*,⁴⁵⁵ der dafür plädiert, nicht die immaterialgüterrechtlichen Regeln an das für Persönlichkeitsrechte unzulängliche allgemeine Schadenersatzrecht anzugleichen, sondern diese Regeln vielmehr als Vorbild für das allgemeine Schadenersatzrecht zu betrachten. Damit hat er meines Erachtens nicht Unrecht, kann doch das Immaterialgüterrecht Impuls für die Weiterentwicklung des Zivilrechts sein.

In diesem Kontext vergleicht *Torggler*⁴⁵⁶ § 87 Abs 2 UrhG mit § 1325 ABGB. Ähnlich wie § 1325 ABGB dem Bedürfnis nach körperlicher Unversehrtheit dadurch auf besondere Weise Rechnung trage, dass er den Anspruch auf Schmerzensgeld unabhängig vom Grad des Verschuldens gewähre, nehme § 87 Abs 2 UrhG darauf Bedacht, dass das Urheberrecht den geistig-schöpferischen Bereich als einen anderen vitalen Aspekt der Persönlichkeit schütze. Freilich würden die mit der Verletzung anderer Persönlichkeitsrechte, wie etwa des Rechts auf Freiheit, verbundenen Kränkungen einen ebenso weitreichenden Schutz wie die im UrhG verankerten Rechte verdienen. Allerdings taue der Umstand, dass andere Persönlichkeitsrechte ohne Sonderrechtsschutz nach den allgemeinen

452 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (183 f); *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 38, 107 f; *Koziol*, RdW 2007/226, 198 (199, Fußnote 18).

453 *Schönherr/Kucsko*, GRURInt 1980, 282 (284); diesen folgend *Guggenbichler* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 87 Rz 14.

454 Dies kritisiert auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 237.

455 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (59).

456 *Torggler*, ÖBl 1976, 57 (59).

Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht den ihnen gebührenden Schutz erhalten, nicht als Begründung dafür, Sonderregelungen wie die des UrhG zu verwerfen, bloß weil sie – derzeit – systemwidrig seien. Diese Sonderregelungen sollten vielmehr als Anstoß zur Verbesserung der allgemeinen Regeln dienen. Dasselbe gelte für das Patentrecht, zumal das Erfinderrecht oft dem Urheberrecht im weiteren Sinne zugeordnet werde. Es sei daher sachgerecht und folgerichtig, die Entschädigungsansprüche auf beiden Gebieten ähnlich zu gestalten.

c. Ehrenbeleidigungen

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass sich Kritiker und Verteidiger der immaterialgüterrechtlichen Sonderregelungen jedenfalls über das Bestehen von Wertungswidersprüchen zwischen den Sonderregelungen einerseits und den einschlägigen Bestimmungen des allgemeinen Schadenersatzrechts andererseits einig sind. Besonders augenfällig ist der Wertungswiderspruch im Bereich der Ehrenbeleidigungen, beschränkt § 1330 ABGB den Ersatz doch ausdrücklich auf den Vermögensschaden, weshalb ideelle, aus Ehrverletzungen resultierende Schäden nicht ersatzfähig sind.⁴⁵⁷

Zwar gilt die Beschränkung des § 1330 ABGB auch bei den allgemein eine großzügigere Berücksichtigung ideeller Schäden fordernden Literaturstimmen jedenfalls im Grundsatz als gerechtfertigt, weil bei Ehrverletzungen die Objektivierbarkeit des Schadens regelmäßig besonders große Schwierigkeiten bereite. Zudem wird vorgebracht, ideelle Schäden sollten nur dann ersatzfähig sein, soweit sie eine gewisse »Erheblichkeitsschwelle« übersteigen, was bei Ehrenbeleidigungen häufig nicht der Fall sei. Es dürfe nicht jede Ehrenrührigkeit des Alltagslebens und jede, vielleicht nur vermeintliche, Kränkung justitiabel sein. Dennoch gehe der ausnahmslose Ausschluss des Ersatzes zu weit. Die mangelnde Objektivierbarkeit und Erheblichkeit rechtfertigten nämlich den Ausschluss nicht, soweit Verletzungen zu einer objektiv feststellbaren und schweren Erschütterung des Rufes oder einer ernstlichen Beeinträchtigung der gesellschaftlichen Stellung führen.⁴⁵⁸ Es wird daher gefordert,

457 *Kissich* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON⁹³ § 1330 Rz 78; *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1330 Rz 3; OGH 13. 4. 1983, 3 Ob 511/83, EvBl 1983/94; OGH 25. 1. 1996, 6 Ob 37/95, MR 1997, 202.

458 *F. Bydliński*, JBl 1965, 237 (252 ff); *Karner/Koziol*, Ersatz ideellen Schadens 98 f.

§ 1330 ABGB teleologisch auf die Fälle reiner Ehrenkränkungen zu beschränken und Ersatz für solche immateriellen Nachteile zu gewähren, die aus einer Verletzung der Menschenwürde resultieren.⁴⁵⁹

Doch selbst wenn man § 1330 ABGB in diesem Sinne interpretiert, unterscheidet er sich immer noch erheblich von den wettbewerbs- und immaterialgüterrechtlichen Sonderregelungen. Zwischen unbeachtlichen Alltagsverletzungen und gravierenden Verletzungen der Menschenwürde verbleibt ein Bereich, der nach dem klaren Wortlaut des § 1330 ABGB auf Grundlage des derzeitigen positiven Rechts nicht ersatzfähig ist. Dies, so die Kritik, stehe in Widerspruch zum Affektionsinteresse des § 1331 ABGB einerseits und zu den immaterialgüter- und wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen andererseits.⁴⁶⁰ Wer im Wettbewerb eine Ehrenkränkung erfahre, könne dafür schon bei leichter Fahrlässigkeit Ersatz für ideellen Schaden verlangen. Habe dagegen ein Verleumder nicht aus Gründen des Wettbewerbes, sondern aufgrund persönlicher Feindschaft den Ruf eines Geschäftsmannes derart ruiniert, dass die geschäftlichen Beziehungen abgebrochen wurden und der Verleumdete finanziell zusammenbricht, so erhalte dieser für die dadurch begründeten Unlustgefühle keinen Ersatz.⁴⁶¹

Auch wenn eine Ehrenkränkung mit der Veröffentlichung eines Lichtbildes (§ 78 UrhG) des Gekränkten einhergeht, so ist dieser erheblich bessergestellt, als derjenige, der ohne Bildnisveröffentlichung gekränkt wird. Ersterer kann nach § 87 Abs 2 UrhG schon bei leichter Fahrlässigkeit den Ersatz ideeller Schäden verlangen, Letzterer nicht einmal bei grober Fahrlässigkeit. Die praktische Bedeutung dieser Differenzierung ist nicht zu unterschätzen. Obwohl die Erläuternden Bemerkungen zum UrhG davon ausgingen, die Entschädigung nach § 87 Abs 2 UrhG werde vor allem bei Verletzung der Urheberpersönlichkeitsrechte Bedeutung gewinnen,⁴⁶² ist § 87 Abs 2 UrhG tatsächlich vor allem für den Bildnisschutz nach § 78 UrhG praktisch bedeutsam geworden.⁴⁶³

459 F. Bydliński, JBl 1965, 253 f; Karner/Koziol, Ersatz ideellen Schadens 99.

460 Karner/Koziol, Ersatz ideellen Schadens 99.

461 F. Bydliński, JBl 1965, 173 (185 f).

462 Dillenz, Materialien zum UrhG 176.

463 Vgl zum Beispiel die Entscheidungen OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96 – Gerhard Berger II – MR 1996, 185 (Korn in MR 1996, 240); OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 153/11w – Christoph S. – MR 2012, 292; OGH 10. 7. 2012, 4 Ob 101/12z – Polizist des Jahres I – MR 2013, 115; OGH 19. 11. 2013, 4 Ob 162/13x – Brustimplantante – MR 2013, 316; zur Bedeutung des § 87 Abs 2 UrhG beim Bildnisschutz auch *Mahr*, MR 1996, 9 (9).

Um das Verhältnis dieser Schadensfälle zum allgemeinen Schadenersatzrecht zu analysieren, ist zunächst die Rechtsnatur des Bildnisschutzes wesentlich:

Beim Recht am eigenen Bild handelt es sich um ein Persönlichkeitsrecht, das ohne inneren Sachzusammenhang mit den übrigen Materien des UrhG in § 78 UrhG geregelt wurde. § 78 UrhG ist folglich nur aufgrund seiner systematischen Stellung, nicht aber der Sache nach eine urheberrechtliche Norm,⁴⁶⁴ setzt ein Urheberrecht im subjektiven Sinn doch eine schöpferische Leistung voraus. Ein Urheberpersönlichkeitsrecht im Besonderen schützt das geistige Band, welches den Urheber mit seinem Werk verbindet.⁴⁶⁵ Der Mensch ist aber nicht Urheber seiner selbst. »Sein Da-Sein allein ist der Grund, daß er gewisse Rechte für sich in Anspruch nehmen kann. Allerdings kein Urheberrecht an der eigenen Person. Das Recht am Eigenbild und das Urheberrecht dessen, der das Abbild geschaffen hat, widerstreiten einander« sogar.⁴⁶⁶ Dennoch führt die Verletzung des Rechts am eigenen Bild wie die Verletzung anderer Urheberrechte zu einem Ersatzanspruch für ideelle Schäden nach § 87 Abs 2 UrhG.⁴⁶⁷

Bei der Beurteilung der Frage, ob der Bildnisschutz verletzt wurde, stellt die Rechtsprechung nicht nur auf die Veröffentlichung des Bildes selbst ab, sondern außerdem auf den Begleittext und den Gesamteindruck der Veröffentlichung. Somit kann auch die Veröffentlichung eines völlig harmlosen Bildes einen Schadenersatzanspruch auslösen.⁴⁶⁸ In diesen Fällen geht es aber tatsächlich gar nicht um das Bild, sondern um den Kontext, in den es gestellt wurde. Es ist primär dieser Kontext, der die Interessen des Rechteinhabers verletzt, häufig seinen Ruf und sein Ansehen. Ob aufgrund eines Begleittextes der Bildnisschutz des § 78 UrhG verletzt wird, ist seinerseits an den Wertungen des § 1330

464 *Rintelen*, Urheber- und Urhebervertragsrecht 203; *A. Kodek* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 78 UrhG Rz 5; *Rehm*, JBl 1962, 1 (2).

465 *Briem*, GRURInt 1999, 936 (936 ff, 944).

466 *Rehm*, JBl 1962, 1 (2).

467 *A. Kodek* in Kucsko, urheber.recht § 78, 1080; OGH 29.5.1996, 4 Ob 2059/96 – Gerhard Berger II – MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240); OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w – Christoph S. – MR 2012, 292; OGH 10.7.2012, 4 Ob 101/12z – Polizist des Jahres I – MR 2013, 115; OGH 19.11.2013, 4 Ob 162/13x – Brustimplantante – MR 2013, 316.

468 OGH 10.11.1992, 4 Ob 100/92 – Zielwerbung – MR 1993, 59; OGH 10.11.1992, 4 Ob 89/92 – Macht und Magie – MR 1995, 55; OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w – Christoph S. – MR 2012, 292; OGH 10.7.2012, 4 Ob 101/12z – Polizist des Jahres I – MR 2013, 115; OGH 19.11.2013, 4 Ob 162/13x – Brustimplantante – MR 2013, 316; *F. Bydliński*, JBl 1965, 184; *A. Kodek* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 78 Rz 102 und 106.

ABGB zu messen.⁴⁶⁹ Letztlich kann es bei einem Verstoß gegen § 78 UrhG um dasselbe Rechtsgut gehen wie in § 1330 ABGB: die Ehre.⁴⁷⁰

Weil der OGH Geldersatz für Ehrenkränkungen aber generell ablehnt,⁴⁷¹ führt dies zum seltsamen Ergebnis, dass eine Ehrenbeleidigung zwar grundsätzlich nie, wohl aber dann Ersatzansprüche auslösen kann, wenn sie mit der Veröffentlichung eines Bildes einhergeht, mag das Bild selbst auch völlig harmlos sein.⁴⁷² Hingegen steht etwa dann kein Ersatzanspruch zu, wenn fälschlicherweise behauptet wird, der Kläger sei auf einem veröffentlichten Foto abgebildet, obwohl es sich tatsächlich gar nicht um den Kläger handelt.⁴⁷³

Mit Blick auf diese Differenzierung meint *F. Bydlinski*, es könne überhaupt nicht darauf ankommen, ob mit oder ohne Bild in die Ehre eines Menschen eingegriffen werde. Vielmehr solle immer, aber auch nur dann Ersatz gewährt werden, wenn es sich nicht nur um eine alltägliche, bloße Gefühlsschäden hervorrufende, Ehrenkränkung handelt, sondern um eine schwere, die gesellschaftliche Stellung des Betroffenen in objektiv feststellbarer Weise erschütternde Beleidigung.⁴⁷⁴ Ersatz solle in diesem Fall als Teil der vollen Genugtuung und somit nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz geleistet werden.⁴⁷⁵

Etwas abgemildert wird der Wertungswiderspruch zwischen § 1330 ABGB und §§ 78, 87 Abs 2 UrhG in vielen Fällen durch §§ 6 ff MedienG. Diese Bestimmungen gewähren Entschädigungsansprüche für Kränkungen, die durch eine Veröffentlichung in Massenmedien verursacht wurden, ohne dass es auf die Veröffentlichung eines Lichtbildes ankommt. Anders als § 87 Abs 2 UrhG ist § 6 MedienG allerdings verschuldensunabhängig und der Höhe nach begrenzt; bei der Bemessung ist ferner auf die Wahrung der wirtschaftlichen Existenz des Medienunternehmens Bedacht zu nehmen. Beträge, die als Ersatz nach §§ 6 ff MedienG zugesprochen wurden, sind auf Ansprüche nach §§ 78, 87 Abs 2 UrhG anzurechnen.⁴⁷⁶

469 OGH 19.8.2003, 4 Ob 120/03 f, MR 2004, 101 (*Korn*).

470 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (184).

471 OGH 13.4.1983, 3 Ob 511/83, EvBl 1983/91; OGH 25.1.1996, 6 Ob 37/95, MR 1997, 202.

472 So auch *F. Bydlinski*, JBl 1965, 173 (183, 185).

473 OGH 11.5.2012, 4 Ob 51/12x – Faschingsumzug – JBl 2012, 511.

474 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (253 f).

475 *F. Bydlinski*, JBl 1965, 237 (247, 251).

476 OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w – Christoph S. – MR 2012, 292; OLG Wien 29.5.2013, 2 R 23/13m – Polizist des Jahres II – MR 2013, 117.

2. Die besonderen Umstände und die Erheblichkeit der Verletzung

Die am Beginn dieses Abschnitts dargestellten Entscheidungen beschäftigen sich mit der Frage, welche »besonderen Umstände« vorliegen müssen, um einen Ersatzanspruch für ideelle Schäden zu gewähren. § 150 Abs 4 PatG, § 53 Abs 4 MSchG und § 16 Abs 2 UWG lassen einen Anspruch auf immateriellen Schadenersatz nur dann zu, wenn ein solcher Ersatz »in den besonderen Umständen des Falles begründet ist.« Der OGH sieht aufgrund dieser Wendung eine Ersatzfähigkeit ideeller Schäden nur in Fällen, in denen eine ernstliche Beeinträchtigung des Betroffenen vorliegt, die weit über jenen Ärger hinausgeht, den jeder Wettbewerbsverstoß beziehungsweise jede Verletzungshandlung mit sich bringt.⁴⁷⁷ Den Geschädigten trifft die Darlegungslast für diese Umstände.⁴⁷⁸

§ 87 Abs 2 UrhG sieht zwar nicht ausdrücklich die Notwendigkeit solcher besonderen, den Ersatz rechtfertigenden Umstände vor, doch liest der OGH diese Voraussetzung unter Verweis auf die Materialien, die ihrerseits auf das PatG und das UWG Bezug nehmen,⁴⁷⁹ in die Norm hinein. Laut OGH müsse eine Beeinträchtigung vorliegen, die den mit jeder Urheberrechtsverletzung verbundenen Ärger des Urhebers übersteige, wofür eine ganz empfindliche, erhebliche und schwerwiegende Kränkung erforderlich sei, die der Kläger konkret vortragen müsse.⁴⁸⁰

477 *Kraft/Steinmair* in Kraft/Steinmair, UWG § 16 Rz 29; *Rummel* in Koziol, Haftpflichtrecht II² 304; OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189; OGH 10.10.1995, 4 Ob 49/95 – Leserverblödung – wbl 1996, 128; OGH 6.11.1990, 4 Ob 135/90 – Fehlerbude – MR 1991, 115; OGH 5.12.1989, 4 Ob 126/89 – Zeitungsente – MR 1990, 69.

478 *Schönherr/Kucsko*, GRURInt 1980, 282 (284); *Kraft/Steinmair* in Kraft/Steinmair, UWG § 16 Rz 37; *Mahr*, MR 1996, 9 (10).

479 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 176.

480 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 10.5.1994, 4 Ob 55/94 – Cosy II – MR 1995, 22 (*Walter*); OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (*Walter*); OGH 29.5.1996, 4 Ob 2059/96 – Gerhard Berger II – MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240); OGH 19.8.2003, 4 Ob 120/03f, MR 2004, 101 (*Korn*); OGH 18.11.2008, 4 Ob 175/08a – Fotostrecke – MR 2009, 81 (*Walter*); OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786 (*Nowakowski*); zu dieser Rechtsprechung *Mahr*, MR 1996, 9 (9); *Schönherr*; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 553.1; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht³⁸ § 87 Rz 12 ff; *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 15; *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 87 Rz 5.

In der Literatur ist umstritten, ob tatsächlich auch im Urheberrecht besondere Umstände den Ersatz rechtfertigen müssen. Manche kritisieren, der OGH verstehe die »besonderen Umstände« im Sinne einer »erheblichen Kränkung«, weil diese Interpretation an die Stelle objektiver Umstände die subjektive Gefühlssphäre des Verletzten setzen würde. So bezeichnete *Walter* den Ansatz des OGH kritisch als »Herzinfarktdoktrin«⁴⁸¹ und *Mahr* wies darauf hin, die Erheblichkeit einer Kränkung als rein innere Empfindung sei nicht objektivierbar. Damit werde die rechtliche Beurteilung auf eine Ebene gezogen, wo echter Seelenschmerz nicht von Heuchelei unterschieden werden könne.⁴⁸²

Zwar gebraucht der OGH nach wie vor die Formulierung der »erheblichen Kränkung«, stellt dabei aber mittlerweile nicht mehr primär auf das subjektive Empfinden des Verletzten ab, sondern explizit auf die objektive Beeinträchtigung und die konkreten äußeren Umstände.⁴⁸³ Wendepunkt in der Rechtsprechung war die oben dargestellte Rauchfänge-Entscheidung.⁴⁸⁴

Nunmehr liegt nach Ansicht des OGH eine besondere Kränkung beispielsweise vor, wenn die Verletzung im Rahmen von Vertragsverhandlungen über Vervielfältigungsrechte stattfindet und mit einem besonderen Vertrauensbruch verbunden ist,⁴⁸⁵ ferner wenn das Werk (wie in der Entscheidung »Den Kopf zwischen den Schultern«) durch die Bearbeitung seine wesentlichen Charakteristika verliert,⁴⁸⁶ oder wenn qualitativ minderwertige Vervielfältigungen verbreitet werden, die den Eindruck erwecken, der Urheber habe Bilder minderer Qualität geliefert.⁴⁸⁷

481 *Walter*, MR 1995, 2 (4); *Walter*, Glosse zu OGH 15. 12. 1992, 4 Ob 112/92 – Austria-Boß – MR 1993, 61.

482 *Mahr*, MR 1996, 9; *Mahr*, Glosse zu OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793.

483 OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); sehr deutlich OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (*Walter*); OGH 23. 11. 1999, 4 Ob 262/99d – Psychotest – MR 2000, 16; OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 175/08a – Fotostrecke – MR 2009, 81 (*Walter*); *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 87 Rz 15; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ § 87 Rz 12; *Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG § 87 Rz 6.*

484 So *Mahr* und *Walter* zu OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge, vgl ihre Glosse *Mahr* in JBl 1998, 793 und *Walter* in MR 1998, 194 sowie *Walter*, Glosse zu OGH 18. 11. 2008, 4 Ob 175/08a – Fotostrecke – MR 2009, 81; ähnlich auch *Briem*, GRURInt 1999, 936 (936, 942).

485 OGH 10. 5. 1994, 4 Ob 55/94 – Cosy II – MR 1995, 22 (*Walter*).

486 OGH 10. 11. 1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (*Walter*).

487 OLG Wien 18. 10. 1954, 1 R 676/54 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18; OGH 28. 12. 1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268.

Auch bei Verletzung des Bildnisschutzes setzt der Immaterialschadenersatz nach Ansicht des OGH eine besondere, anhand objektiver Kriterien zu bestimmende Kränkung voraus,⁴⁸⁸ die etwa dann gegeben sein soll, wenn die Bildnisveröffentlichung den Eindruck erweckt, der Abgebildete sei einer schwerwiegenden strafbaren Handlung verdächtig⁴⁸⁹ oder habe Selbstmord begangenen.⁴⁹⁰

Ebenso prüft der OGH bei einer Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten,⁴⁹¹ ob es zu einer erheblichen Kränkung kam, »die den mit jeder Urheberrechtsverletzung verbundenen Ärger übersteigt«. Bloß weil die geistigen Interessen des Urhebers verletzt wurden, müsse noch nicht automatisch eine schwerwiegende Kränkung vorliegen.⁴⁹² So verneinte der OGH mangels erheblicher Kränkung den Ersatz für ideelle Schäden etwa in der oben dargestellten WIN-Entscheidung.⁴⁹³ Die fortgesetzte Veröffentlichung von verkleinerten Bildausschnitten verletzte zwar sowohl das Recht auf Urheberbezeichnung (§ 20 UrhG) als auch das Änderungsverbot (§ 21 UrhG). Könne aber eine solche Veröffentlichung keinen negativen Einfluss auf Ansehen und Ruf der Künstlerin haben, löse sie auch keine besondere Kränkung aus.

Teile der immaterialgüterrechtlichen Literatur halten diese Rechtsprechung für zu restriktiv und lehnen es teilweise generell ab, bei Urheberpersönlichkeitsrechten und Bildnisveröffentlichungen den Ersatz ideeller Schäden an das Erfordernis der besonderen Kränkung zu knüpfen.⁴⁹⁴

488 OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96 – Gerhard Berger II – MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240); OGH 19. 8. 2003, 4 Ob 120/03f, MR 2004, 101 (*Korn*); OLG Wien 29. 5. 2013 – Polizist des Jahres II – 2 R 23/13m, MR 2013, 117; OLG Graz 3. 8. 2005, 6 R 102/05z – Promis witzeln – MR 2005, 374.

489 OGH 29. 5. 1996, 4 Ob 2059/96 – Gerhard Berger II – MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240); OLG Wien 29. 5. 2013 – Polizist des Jahres II – 2 R 23/13m, MR 2013, 117.

490 OGH 28. 2. 2012, 4 Ob 153/11w – Christoph S. – MR 2012, 292.

491 Die Urheberpersönlichkeitsrechte im engeren Sinn sind unter dem Titel »Schutz geistiger Interessen« in §§ 19–21 UrhG geregelt und umfassen das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft, das Recht auf Bestimmung der Urheberbezeichnung und den Schutz gegen Änderung des Werks. Daneben dienen auch andere Bestimmungen des UrhG dem Schutz geistiger Interessen, vgl dazu *Briem*, GRURInt 1999, 936 (937 ff).

492 OGH 12. 10. 1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*); OGH 10. 5. 1994, 4 Ob 55/94 – *Cosy* II – MR 1995, 22 (*Walter*); OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); dazu *Briem*, GRURInt 1999, 936 (942).

493 OGH 12. 10. 1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*).

494 *Briem*, GRURInt 1999, 936 (942 ff); *Walter* in seinen Glossen zu OGH 15. 11. 1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99, zu OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p –

So argumentieren *Walter*⁴⁹⁵ und *Briem*,⁴⁹⁶ § 87 Abs 2 UrhG sei geradezu auf den Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte zugeschnitten, weil deren Verletzung zwar nur selten einen Vermögensschaden, häufig aber einen ersatzfähigen immateriellen Schaden verursache. Ob diese Bestimmung im Einzelfall einen Ersatzanspruch für die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten gewähre, dürfe daher nicht von einer weiteren, in § 87 Abs 2 UrhG nicht genannten Voraussetzung abhängig gemacht werden, die erneut auf die Verletzung der Persönlichkeit und die Gefühlsebene abstelle. Zwar seien Fälle denkbar, in denen die Rechtsverletzung tatsächlich zu unbedeutend sei, um einen Anspruch auf Ersatz eines immateriellen Schadens auszulösen. Diese Fälle seien aber die Ausnahme und nicht die Regel.

Auch *Mahrs*⁴⁹⁷ Kritik am Erfordernis des »besonderen Ärgers« bezieht sich vor allem auf die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten. *Mahr* lehnt es aber nicht grundsätzlich ab, eine gewisse Erheblichkeit zu fordern. Ihm geht es vielmehr darum, diese Prüfung nicht auf eine rein subjektive Ebene zu ziehen, was der OGH allerdings, wie oben erwähnt, ohnehin nicht (mehr) tut. *Mahr* folgend sollte nicht zusätzlich eine »erhebliche Kränkung« als subjektives Kriterium geprüft werden, soweit die äußeren Umstände bereits eine schwere Persönlichkeitsverletzung belegen.⁴⁹⁸

Wie oben dargelegt, überzeugt der in der Lehre entwickelte Grundsatz, Idealschadenersatz umso eher zuzusprechen, je leichter der Schaden objektiviert werden kann und je gewichtiger das verletzte Rechtsgut ist. Mit Hilfe dieser Kriterien bleiben bloße Unannehmlichkeiten, die subjektiv sehr unterschiedlich empfunden werden können, vom Ersatz ausgeschlossen. Dasselbe sollte auch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen gelten. Da Ersatz schon bei leichter Fahrlässigkeit zusteht, ist diese Grenze besonders wichtig. Die Rechtsprechung wird dem insbe-

495 Rauchfänge – MR 1998, 194, und zu OGH 18.11.2008, 4 Ob 175/08a – Fotostrecke – MR 2009, 81; *Walter*, MR 1995, 2 (3f); *Mahr*, MR 1996, 9 (13); *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (49).
Walter in seinen Glossen zu OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99, zu OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – MR 1998, 194, und zu OGH 18.11.2008, 4 Ob 175/08a – Fotostrecke – MR 2009, 81; *Walter*, MR 1995, 2 (3f).
Walters Ansicht wurde in OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*) ausdrücklich abgelehnt.

496 *Briem*, GRURInt 1999, 936 (944f).

497 *Mahr*, MR 1996, 9; *Mahr* in ÖSGRUM 19, 33 (49); *Mahr*, Glosse zu OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793.

498 *Mahr*, MR 1996, 9 (13).

sondere in den oben angeführten Fallbeispielen durchaus gerecht, weil sie letztlich darauf abstellt, ob in Anbetracht der konkreten Umstände eine erhebliche Kränkung objektiv nachvollziehbar ist. Da mit jeder Rechtsverletzung ein gewisser Ärger einhergeht, ist es auch sachgemäß, darauf abzustellen, ob der Ärger über das typische Ausmaß hinausgeht.

3. Ersatzansprüche juristischer Personen

Weil immaterielle Schäden die Gefühlssphäre betreffen, stellt sich die Frage, ob solche Schäden bei juristischen Personen eintreten können, obwohl diese wesensmäßig nicht in ihren Gefühlen verletzt werden können.⁴⁹⁹ Im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht kommt dem ersten Anschein nach erschwerend hinzu, dass der OGH eine »erhebliche Kränkung« voraussetzt. Ist aber, wie in der Praxis häufig der Fall, eine Marke zugunsten einer juristischen Person registriert, so fehlt es an einer kränkenden Persönlichkeit.⁵⁰⁰ Allerdings mindert die jüngere Judikatur⁵⁰¹ dieses Problem, indem sie das Kriterium der »erheblichen Kränkung« objektiviert und anhand der äußeren Umstände und nicht aufgrund der subjektiven Gefühlssphäre prüft.

Das Grundproblem bleibt dennoch bestehen: Ein ideeller Schaden betrifft die Gefühlssphäre, aber eine juristische Person entwickelt naturgemäß keine Gefühle. Die Frage, ob ihr trotzdem ein Ersatzanspruch für ideelle Schäden zustehen kann, haben Judikatur und Literatur bisher primär im Kontext des § 16 Abs 2 UWG erörtert. Dies ist, soweit ersichtlich, auch die einzige Vorschrift, nach der die Rechtsprechung juristischen Personen bereits einen Ersatzanspruch für immaterielle Schäden eingeräumt hat.⁵⁰² So judiziert der OGH seit langem, dass Schadenersatzansprüche »für erlittene Kränkungen oder andere persönliche Nachteile« im Sinne des § 16 Abs 2 UWG auch juristischen Personen zustehen. In jüngeren Entscheidungen änderte der Gerichtshof in Reaktion auf Kritik aus dem Schrifttum zwar die Begründung, blieb aber beim selben Ergebnis.⁵⁰³ In der Literatur werden sowohl im

499 *Kozioł*, Grundfragen Rz 5/21; *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 200.

500 *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 61.

501 OGH 26. 5. 1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*).

502 *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 228.

503 Zur ursprünglichen Begründung OGH 30. 8. 1927, Ob I 811/27, JBl 1927, 362; OGH 5. 12. 1989, 4 Ob 126/89 – Zeitungssente – MR 1990, 69; OGH 6. 11. 1990, 4 Ob 135/90 – Hehlerbude – MR 1991, 115; zur neuen Begründung: OGH 10. 10. 1995, 4 Ob 49/95 –

Ergebnis als auch hinsichtlich der Begründung unterschiedliche Meinungen vertreten.⁵⁰⁴ Im Wesentlichen stehen sich in diesem Diskurs zwei Argumentationslinien gegenüber, die jeweils unterschiedliche Vorstellungen über das Wesen des ideellen Schadens implizieren.

Zur ersten Argumentation: Ursprünglich gewährte der OGH juristischen Personen nach § 16 Abs 2 UWG einen Ersatzanspruch für immaterielle Schäden, indem er auf die Verletzung der »hinter« der juristischen Person stehenden natürlichen Personen (Gesellschafter und Organe) rekurrierte.⁵⁰⁵ Auch Teile der Literatur befürworteten unter bestimmten Voraussetzungen eine solche Zurechnung immaterieller Schäden.⁵⁰⁶

Die Bezugnahme auf die hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen hängt mit dem Verständnis des immateriellen Schadens als Gefühlsschaden zusammen, der einer juristischen Person ihrem Wesen nach nicht widerfahren kann. Aus diesem Grund spricht sich etwa *Rummel*⁵⁰⁷ grundsätzlich gegen einen Immaterialschadenersatz für juristische Personen aus. Der OGH folgte in seiner älteren Judikatur zwar derselben Grundüberlegung, zog daraus aber eine andere Schlussfolgerung. Er verortete den Gefühlsschaden bei den hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen und rechnete ihn in der Folge der juristischen Person zu: Der Anspruch stehe einer juristischen Person deshalb zu, weil immer auch physische Personen »Kopf und Träger des Unternehmens« seien und dem Gesetz nicht entnommen werden könne, dass die Mehrzahl der Unternehmen von der Wohltat des Gesetzes ausgeschlossen sein sollte.⁵⁰⁸

Leserverblödung – wbl 1996, 128; dazu *Koziol*, Grundfragen Rz 5/22 und *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 219 ff.

504 Generell ablehnend gegenüber der Judikatur *Rummel* in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 304, diesem folgend *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 553.2 Fußnote 4; ausführlicher und daher differenzierter aber *Rummel*, JBl 1971, 385 (389); *Mahr*, wbl 1994, 69 (71f); *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 219 ff, 230 ff.

505 OGH 30.8.1927, Ob I 811/27, JBl 1927, 362; OGH 5.12.1989, 4 Ob 126/89 – Zeitungssente – MR 1990, 69; OGH 6.11.1990, 4 Ob 135/90 – Hehlerbude – MR 1991, 115.

506 *Rummel*, JBl 1971, 385 (389), der sich aber grundsätzlich gegen einen Immaterialschadenersatz juristischer Personen ausspricht und nur ausnahmsweise unter sehr engen Voraussetzungen eine Zurechnung befürwortet; weniger restriktiv *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 235 ff, insbesondere 246; dieser zustimmend *Koziol*, Grundfragen Rz 5/16.

507 *Rummel*, JBl 1971, 385 (389).

508 OGH 30.8.1927, Ob I 811/27, JBl 1927, 362; OGH 5.12.1989, 4 Ob 126/89 – Zeitungssente – MR 1990, 69; OGH 6.11.1990, 4 Ob 135/90 – Hehlerbude – MR 1991, 115; zu diesem Begründungsansatz auch *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 228 ff.

Mahr und *Rummel* kritisieren, diese Argumentation erkläre nicht, warum der Ersatz anstatt den geschädigten natürlichen Personen der juristischen Person zukommen soll.⁵⁰⁹ Ein solcher »Durchgriff« sei nämlich nur in ganz spezifischen Fällen einer besonderen Identifikation der Gesellschafter mit ihrer Gesellschaft denkbar.⁵¹⁰

Fellner hingegen vertieft das Argument des OGH, indem sie auch den ideellen Schaden als einen Gefühlsschaden versteht. Ein Ersatzanspruch für ideelle Schäden einer juristischen Person kommt deshalb aus ihrer Sicht nur dann in Frage, wenn der juristischen Person die Unlustgefühle bestimmter natürlicher Personen zugerechnet werden könnten. Die Anspruchsberechtigung der juristischen Person selbst erkläre sich aus ihrer Eigenschaft als Trägerin des verletzten Rechts, während die natürliche Person aufgrund dieser Verletzung allein in ihrer Rolle als Organ der juristischen Person einen Gefühlsschaden erleide. Die Zurechnung dieses Schadens zur juristischen Person entspreche der Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen nach § 26 ABGB. Genauso wie juristische Personen keine Kränkungen erleiden, könnten sie auch nicht selbst Verträge abschließen oder unerlaubte Handlungen begehen. Diesbezüglich werde ihnen das Verhalten natürlicher Personen zugerechnet. Das Zurechnungsprinzip dürfe aber nicht nur zum Nachteil der juristischen Person, sondern müsse auch zu ihrem Vorteil gelten. Daher müsse man ihr bei Verletzungen ihrer Persönlichkeitsrechte die Unlustgefühle ihrer Organe zurechnen. Ansonsten würde die Verletzung ideeller Rechte bei juristischen Personen sanktionslos bleiben und die Rechtsordnung insoweit keinerlei Präventivwirkung entfalten.⁵¹¹ *Fellner* stellt damit den Ansatz bei den natürlichen Personen, die hinter der juristischen Person stehen, dogmatisch auf sichere Beine.

Allerdings änderte der OGH in der jüngeren Judikatur seine Begründung, womit wir zur zweiten Argumentationslinie kommen: Die jüngere Rechtsprechung⁵¹² geht, anknüpfend an *Mahr*,⁵¹³ davon aus, dass ein immaterieller Schaden auch direkt bei der juristischen Person selbst eintreten kann. Dem liegt ein etwas anderes Verständnis des ideellen Schadens zugrunde, der nicht primär über die innere Gefühls-

509 *Mahr*, wbl 1994, 69 (71 f); *Rummel*, JBl 1971, 385 (389).

510 *Rummel*, JBl 1971, 385 (389).

511 *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen S 235 ff, zustimmend *Koziol*, Grundfragen Rz 5/16.

512 OGH 10.10.1995, 4 Ob 49/95 – Leserverblödung – wbl 1996, 128.

513 *Mahr*, wbl 1994, 69.

sphäre einer Person, sondern über die Verletzung der Persönlichkeit definiert wird. Eine Persönlichkeitsverletzung könne zwar Gefühlschäden nach sich ziehen, müsse dies aber nicht notwendig. Die Verletzung der äußeren Persönlichkeit, etwa des wirtschaftlichen Rufs, begründe auch dann Ersatzansprüche für immaterielle Schäden, wenn sie keine Gefühlschäden auslöse.⁵¹⁴

Diese Sichtweise ermöglicht es, direkt an eine Schädigung der juristischen Person anzuknüpfen, um einen Ersatzanspruch zuzusprechen. Der Weg über die hinter ihr stehenden natürlichen Personen ist nicht erforderlich, weil Ersatz nicht für einen Gefühlschaden gewährt wird, sondern für die Schädigung der sozialen Wertstellung und des wirtschaftlichen Rufs der Gesellschaft.⁵¹⁵ So argumentiert der OGH,⁵¹⁶ der Ersatz zugunsten von juristischen Personen gleiche einen »äußeren Persönlichkeitsschaden, also die Herabsetzung der sozialen Wertstellung der betroffenen juristischen Person innerhalb der Gemeinschaft«, aus. Dieselbe Formulierung findet sich in der Diskussion über die Frage, ob eine juristische Person ein Recht auf Ehre hat. So bejahen *Ostheim* und an ihn anknüpfend der OGH diese Frage mit dem Hinweis darauf, das Recht auf Ehre sei nicht nur Ausdruck einer inneren sittlichen Haltung, sondern schütze eine »soziale Wertstellung innerhalb der Gemeinschaft«.⁵¹⁷ Nach *Mahr*⁵¹⁸ ist die Minderung dieser Wertstellung selbst ein ersatzfähiger ideeller Schaden, auf weitere Auswirkungen in der Gefühlssphäre komme es nicht an. Die Frage, ob eine juristische Person ein verletzbares Recht auf Ehre haben kann, fällt nach diesem Verständnis mit der Frage, ob sie einen ideellen Schaden wegen Ehrverletzung erleiden kann, zusammen, weil die Ehrverletzung selbst zum immateriellen Schaden wird.

Meines Erachtens ist aber zwischen Rechtsverletzung und Schaden zu unterscheiden. Gerade das Immaterialgüterrecht zeigt, dass eine Rechtsverletzung nicht notwendig auch zu einem Schaden führt. Ferner ist es durchaus möglich, dass jemand in seinem Recht verletzt wird, aber ein anderer einen Schaden erleidet. Die Möglichkeit, eine juristische

514 *Mahr*, wbl 1994, 69 (72 ff); in diese Richtung auch *Reischauer* in Rummel II/2b³ § 1330 Rz 23d; ablehnend *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 231 ff.

515 Dazu *Rummel*, JBl 1971, 385 (389).

516 OGH 10.10.1995, 4 Ob 49/95 – Leserverblödung – wbl 1996, 128.

517 *Ostheim*, Rechtsfähigkeit von Verbänden 156; OGH 26.5.1992, 4 Ob 31/92; OGH 24.11.1992, 4 Ob 91/92, MR 1993, 55.

518 *Mahr*, wbl 1994, 69 (72 ff).

Person in ihrer Ehre zu verletzen, führt daher noch nicht zwingend zur Entstehung eines immateriellen Schadens bei ihr.

Weil Verletzungen der äußeren Unternehmenspersönlichkeit typischerweise kaum zu beziffernde Vermögenseinbußen verursachen, handelt es sich nach Ansicht von *Rummel*⁵¹⁹ bei dem einer juristischen Person dafür zugesprochenen »Immaterial«schadenersatz in Wahrheit um einen Anspruch für nicht bezifferbare Vermögensschäden. Nur für solche »Immaterial«schäden, die in Wahrheit Vermögensschäden seien, könne eine juristische Person Ersatz fordern.⁵²⁰ *Mahr*⁵²¹ argumentiert, diese unbezifferbaren Vermögensschäden könnten insbesondere bei Verletzungen des wirtschaftlichen Rufs nicht strikt von immateriellen Schäden abgegrenzt werden. Gestützt auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung unterscheidet er drei Schutzbereiche des § 16 Abs 2 UWG, nämlich die innere Gefühlssphäre, den äußeren sozialen Geltungsanspruch und die in den immateriellen Schaden »hinübergezogenen«, nicht bezifferbaren Vermögensschäden. Gefühlsschäden seien demnach nur eine mögliche Grundlage eines Vergütungsanspruchs nach § 16 Abs 2 UWG. Daneben erfasse die Vergütung für »andere persönliche Nachteile« sowohl die Beeinträchtigung des beruflichen und sozialen Geltungsanspruches, als auch die damit regelmäßig verbundenen nicht bezifferbaren Vermögensschäden.⁵²²

Im Sinne dieser Argumentation judiziert nun auch der OGH,⁵²³ juristischen Personen stehe deshalb ein Schadenersatzanspruch nach § 16 Abs 2 UWG zu, weil diese Bestimmung »erlittene Kränkungen und andere persönliche Nachteile« erfasse und damit neben den Gefühls- auch äußere Persönlichkeitsschäden. Zu den äußeren Persönlichkeitsschäden gehöre auch die Herabsetzung der sozialen Wertstellung. Wie bei natürlichen Personen setze ein Ersatzanspruch eine besonders schwere Beeinträchtigung der sozialen Wertstellung voraus. Daher könne eine juristische Person auch dann einen Ersatzanspruch für ideelle Schäden haben, wenn der Rückgriff auf ideelle Schäden von Gesellschaftern und Organen versage. Ein solcher Rückgriff sei primär bei Personengesellschaften und personalistisch geprägten juristischen Personen möglich,

519 *Rummel*, JBl 1971, 385 (389).

520 *Rummel*, JBl 1971, 385 (389).

521 *Mahr*, wbl 1994, 69 (74f, 77f); *Mahr*, wbl 1994, 249 (250 f).

522 *Mahr*, wbl 1994, 69 (79); kritisch dazu *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 223 f.

523 OGH 10. 10. 1995, 4 Ob 49/95 – Leserverblödung – wbl 1996, 128.

scheide aber bei größeren juristischen Personen mangels Identifikation aus.

Fellner, die sich grundsätzlich dafür ausspricht, die Kränkung bestimmter natürlicher Personen der juristischen Person zuzurechnen,⁵²⁴ lehnt es hingegen ab, diese Zurechnung davon abhängig zu machen, ob Gesellschafter und/oder Organe mit der juristischen Person »identifiziert« werden können. Dieses Kriterium spiele auch sonst für die Zurechnungsfrage keine Rolle. Vielmehr müsse es bei der Zurechnung von Unlustgefühlen darum gehen, jene Personen zu bestimmen, die »für die juristische Person« stehen. Dies seien neben ihren Organen auch solche Personen, die einen maßgeblichen Einfluss auf die juristische Person ausüben, nicht aber die Gesellschafter.⁵²⁵

Mit welcher Begründung auch immer – nach Rechtsprechung und herrschender Lehre können juristische Personen nach § 16 Abs 2 UWG Ersatz für immaterielle Schäden begehren. Meines Erachtens ist es dogmatisch klarer und verständlicher, der juristischen Person allein solche immateriellen Schäden zuzurechnen, die bei bestimmten, hinter ihr stehenden natürlichen Personen eingetreten sind. Diese erleiden den Schaden in ihrer Rolle als Organ der Gesellschaft, weshalb es sachgemäß erscheint, den Schaden der Gesellschaft zuzurechnen und ihr dafür Ersatz zu gewähren.

Unabhängig von der dogmatischen Begründung gibt es jedenfalls keinen sachlichen Grund dafür, Immaterialschadenersatz für juristische Personen nur im Wettbewerbsrecht zuzulassen. Daraus folgt, dass juristische Personen allgemein einen Ersatzanspruch für ideelle Schäden haben können.⁵²⁶ Dies gilt auch im Immaterialgüterrecht, wo praktische Relevanz insbesondere im Markenrecht besteht. Markenrechtsinhaber sind häufig juristische Personen, die ohne weiteres durch eine Markenrechtsverletzung einen ideellen Schaden erleiden können, etwa wenn eine Marke rechtswidrig für minderwertige Ware verwendet wird. Derartige Verletzungen sind meines Erachtens auch geeignet, eine Ersatzansprüche rechtfertigende »besondere Kränkung« auszulösen, weil sie Ansehen und Ruf der Marke schädigen können.⁵²⁷ Dieses Beispiel zeigt, warum es durchaus sachgemäß ist, den durch ein Organ der

524 *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 248 ff.

525 *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 246, 247 f.

526 *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen 224 f.

527 Beispiel bei *Koppensteiner*, Markenrecht⁴ Rz 98.

Rechteinhaberin aufgrund der Rechtsverletzung erlittenen emotionalen Schaden der juristischen Person zu ersetzen, und nicht etwa der natürlichen Person selbst. Letztere erlebt den Schaden nämlich nicht als Person selber, sondern allein in ihrer Rolle als Organ der juristischen Person und lediglich vermittelt über diese.

D. Zwischenresümee

Ideelle Schäden aufgrund von Immaterialgüter- und Wettbewerbsverletzungen sind schon bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen. Damit geht das Immaterialgüterrecht hinsichtlich der Ersatzfähigkeit ideeller Schäden erheblich über das allgemeine Schadenersatzrecht hinaus. Im allgemeinen Schadenersatzrecht besteht über den Ersatz ideeller Schäden ein grundlegender Meinungsstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur. Nach Ansicht des OGH sind ideelle Schäden nur dann zu ersetzen, wenn dies, wie beim Schmerzensgeld in § 1325 ABGB, gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Daher gewährt der Gerichtshof Ersatz für ideelle Schäden nur punktuell in bestimmten Einzelfällen. Da aber die einzelnen, den Ersatz für ideelle Schäden anordnenden Regelungen nicht auf ein einheitliches Gesamtkonzept zurückgehen, kommt es zu unsachlichen Differenzierungen. Dies kritisieren gewichtige Teile der Lehre, die anders als der OGH aus §§ 1323, 1324 ABGB eine allgemeine Ersatzpflicht für ideelle Schäden ableiten, falls grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt wurde und die Schädigung eine gewisse Erheblichkeit überschreitet.

Das Gesamtbild der großzügigen immaterialgüterrechtlichen Regelungen einerseits und der allgemeinen Regelungen in ihrer restriktiven Auslegung durch die Rechtsprechung andererseits ist inkohärent. So gewährt das ABGB etwa für einen ideellen Schaden aus einer Ehrenkränkung grundsätzlich keinen Ersatzanspruch. Erfolgte eine solche Ehrenkränkung aber im Wettbewerb oder in Verbindung mit der Veröffentlichung eines Lichtbilds des Gekränkten, so ist der daraus entstehende ideelle Schaden sogar schon bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen. Dieses Beispiel macht einerseits die zu restriktive Behandlung ideeller Schäden durch das allgemeine Schadenersatzrecht, insbesondere in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung, deutlich. Andererseits zeigt es aber auch, warum das Immaterialgüterrecht zu weit geht. Beide Rechtsbereiche sollten sich gleichermaßen an dem Prinzip orien-

tieren, einen Idealschadenersatz umso eher zu gewähren, je gewichtiger das verletzte Rechtsgut ist und je leichter der Schaden objektiviert werden kann. Auf der Grundlage dieses Prinzips sollten Fälle unter einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle von der Ersatzpflicht ausgeschlossen bleiben.

Die Beschränkung der Ersatzpflicht im Immaterialgüterrecht auf jene Fälle, in denen »besondere Umstände« diesen Ersatz gebieten, sollte als Ausdruck dieses allgemeinen Prinzips verstanden werden. Dies entspricht ohnehin der Rechtsprechung. Diese stellt darauf ab, ob die Entstehung einer solch erheblichen Kränkung, die über den mit jeder Immaterialgüterrechtsverletzung verbundenen Ärger hinausgeht, aufgrund der konkreten Umstände objektiv nachvollziehbar ist.

□

V. Unternehmerhaftung

A. Allgemeines

Für Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche, die aus der Verletzung eines Urheberrechts, Patentrechts oder Markenrechts resultieren, haftet gemäß § 88 UrhG, § 152 PatG und § 54 MSchG der Unternehmensinhaber, soweit diese Verletzung von einem Bediensteten oder Beauftragten im Betrieb des Unternehmens begangen wurde. Unternehmensinhaber ist jene juristische oder natürliche Person, die das Unternehmen kraft eigenen Rechts im eigenen Namen betreibt.⁵²⁸ Die Haftung für Schadenersatzansprüche setzt ein Verschulden des Unternehmers voraus.⁵²⁹ Für Bereicherungsansprüche lassen das PatG und das MSchG den Unternehmer nur haften, sofern er von der Verletzung wusste oder daraus einen Vorteil zog. Das UrhG enthält hingegen keine solche Einschränkung. Eine ähnliche Unternehmerhaftung findet sich ferner in § 18 UWG. Die einschlägigen Bestimmungen sehen im Einzelnen Folgendes vor:

§ 88 UrhG. (1) Wird der einen Anspruch auf angemessenes Entgelt (§ 86) begründende Eingriff im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen, so trifft die Pflicht zur Zahlung des Entgeltes den Inhaber des Unternehmens. (2) Hat ein Bediensteter oder Beauftragter im Betrieb eines Unternehmens diesem Gesetz zuwidergehandelt, so haftet, unbeschadet einer allfälligen Ersatzpflicht dieser Personen, der Inhaber des Unternehmens für den Ersatz des dadurch verursachten Schadens (§ 87, Absatz 1 bis 3), wenn ihm die Zuwiderhandlung bekannt war oder bekannt sein mußte. Auch trifft ihn in einem solchen Falle die Pflicht zur Herausgabe des Gewinnes nach § 87, Absatz 4.

§ 152 PatG. [...] (2) Wird die einen Anspruch auf angemessenes Entgelt begründende Patentverletzung im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen, so trifft die Pflicht zur

528 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 81 Rz 32; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 54 Rz 4; OGH 12.7.1977, 4 Ob 360/77 – Pelz- und Lederland – ÖBl 1978, 43; OGH 20.6.2006, 4 Ob 67/06s – Perlinger – ÖBl 2007/38.

529 Zum Verschuldenserfordernis gleich unten, V.C.3.

Zahlung des Entgeltes (§ 150 Abs. 1), zur Rechnungslegung (§ 151) und zur Auskunft (§ 151a) nur den Inhaber des Unternehmens, es sei denn, dass dieser von der Patentverletzung weder wusste noch daraus einen Vorteil erlangt hat. (3) Wird eine Patentverletzung im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen, so haftet, unbeschadet der Haftung dieser Personen, der Inhaber des Unternehmens nach § 150 Abs. 2 bis 4, wenn ihm die Patentverletzung bekannt war oder bekannt sein musste.

§ 54 MSchG. [...] (2) Wird die einen Anspruch auf angemessenes Entgelt begründende Markenverletzung im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen, so trifft die Pflicht zur Zahlung des Entgelts (§ 53 Abs. 1), zur Rechnungslegung (§ 55) und zur Auskunft (§ 55a) nur den Inhaber des Unternehmens, es sei denn, dass dieser von der Markenverletzung weder wusste noch daraus einen Vorteil erlangt hat. (3) Wird eine Markenverletzung im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen, so haftet, unbeschadet der Haftung dieser Personen, der Inhaber des Unternehmens nach § 53 Abs. 2 bis 4, wenn ihm die Markenverletzung bekannt war oder bekannt sein musste.

§ 34 MuSchG. Wer in seinem Musterrecht verletzt worden ist, hat Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinnes, [...] Die §§ 147 bis 154 des Patentgesetzes 1970 gelten sinngemäß.

§ 41 GMG. Wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden ist, hat Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinnes, [...] Die §§ 147 bis 157 des Patentgesetzes 1970 sind sinngemäß anzuwenden.

§ 18 UWG. Der Inhaber eines Unternehmens kann wegen einer nach den §§ 1, 1a, 2, 2a, 7, 9, 9c, 10 Abs. 1, 11 Abs. 2 und 12 unzulässigen Handlung auch dann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wenn die Handlung im Betrieb seines Unternehmens von einer anderen Person begangen worden ist. Er haftet in diesen Fällen für Schadenersatz, wenn ihm die Handlung bekannt war oder bekannt sein mußte.

Die Unternehmerhaftung für Entgeltansprüche ergänzt die Unternehmerhaftung für Unterlassungsansprüche. So bestimmen § 81 Abs 1 Satz 2 UrhG, § 152 Abs 1 Satz 1 PatG und § 54 Abs 1 Satz 1 MSchG, dass der Inhaber eines Unternehmens bei Verletzung eines urheberrechtlichen Ausschließungsrechts oder eines Patent- beziehungsweise Markenrechts auf Unterlassung geklagt werden kann, wenn die Verletzung im Betrieb seines Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen worden ist. Im UrhG haftet der Unternehmer immer

dann für bereicherungsrechtliche Ansprüche, wenn er auch für Unterlassungsansprüche einstehen muss; im PatG und im MSchG hingegen ist dies aufgrund zusätzlicher Voraussetzungen für dortige bereicherungsrechtliche Ansprüche nicht zwangsläufig der Fall.⁵³⁰

Zur Begründung der Unternehmerhaftung wird zum einen angeführt, in unternehmerischen Strukturen könnten die Täter und die für ihre Haftung vorausgesetzten Zurechnungsmomente von Außenstehenden häufig nicht ermittelt werden.⁵³¹ Zum anderen komme das marktgerichtete Handeln der für einen Unternehmer Tätigen regelmäßig diesem zugute, weshalb es sachgerecht sei, den Unternehmer für die daraus resultierenden Immaterialgüterrechtsverletzungen haften zu lassen. Schließlich müsse verhindert werden, dass der Unternehmer den Verletzten mit dessen Zahlungsansprüchen auf die möglicherweise wenig zahlungskräftige Person verweist, die den Eingriff in das Schutzrecht tatsächlich begangen hat.⁵³²

B. Fallbeispiele

Im Folgenden werden zwei Entscheidungen dargestellt, die sich mit zentralen Fragen der Unternehmerhaftung auseinandersetzen. Die erste Entscheidung (Colorbilder) beschäftigt sich mit dem Begriff des Beauftragten und dem Verschulden des Unternehmers, im Zentrum der zweiten Entscheidung (Almdudler III) steht die Frage, wann eine Verletzung »im Betrieb des Unternehmens« erfolgt.

1. Colorbilder⁵³³

Der Colorbilder-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Berufsfotograf A fertigte für X ein Lichtbild an und versah es auf der

530 Dazu *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 6; OGH 23.4.1985, 4 Ob 323/85 – Seilwinde – ÖBl 1986, 6.

531 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 3; OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18; *Walter*, Glosse zu OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156.

532 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 4; OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676/54 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18; zur Parallelbestimmung des § 18 UWG *Gamerith*, wbl 1991, 305 (307).

533 OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676/54 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18; OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268.

Rückseite mit seinem Stempel. X übergab das Bild (ohne Rücksprache mit A) der B-OHG und beauftragte sie, ein Ölcolorporträt herzustellen. Zu diesem Zweck ließ die B-OHG – wie es ihrer ständigen Geschäftspraxis entsprach, wenn sie für ein Ölcolorbild eine Vergrößerung benötigte – das Foto beim Fotografen C vergrößern. Auf der Grundlage der Reproduktion des Fotografen C malten die in der B-OHG ständig tätigen freiberuflichen Kunstmalere in der Folge das Ölcolorporträt.

Der Fotograf A klagte die B-OHG und den Fotografen C auf Unterlassung, Bezahlung eines angemessenen Entgelts nach § 86 Abs 1 Z 4 UrhG und Ersatz für einen immateriellen Schaden nach § 87 Abs 2 UrhG. Zur Begründung des Schadensersatzes führte er aus, die Vergrößerungsreproduktion seines Fotos sei unfachgemäß gemacht worden, woraus man auf eine mindere Qualität des Originals schließen könne. Dass der Fotograf C mit der Vergrößerung des Lichtbildes gegen § 74 UrhG verstoßen hatte, stand fest. Strittig waren die Passivlegitimation sowie das Verschulden der B-OHG. Das Verschulden bestritt sie mit dem Hinweis, sie habe ihre Angestellten und den Fotografen C stets angewiesen, keine signierten Bilder anzunehmen und Verstöße gegen das UrhG zu vermeiden.

Im Hinblick auf die Haftung der B-OHG lässt sich die (vom OGH insoweit nicht beanstandete) Entscheidung des OLG Wien folgendermaßen zusammenfassen:

Ausgangspunkt der Entscheidung war § 88 UrhG, wonach der Unternehmensinhaber für Zahlungsansprüche aus Verletzungen haftet, die von Bediensteten oder Beauftragten im Unternehmensbetrieb gesetzt wurden. Dem Unternehmer solle es dadurch verunmöglicht werden, so das OLG, den Verletzten mit seinen Ansprüchen auf die im Regelfall weniger zahlungskräftige Person zu verweisen, die den Eingriff in das Schutzrecht technisch begangen habe. Außerdem sollten dem Verletzten nicht die mühsamen und praktisch womöglich sogar undurchführbaren Erhebungen aufgelastet werden, um diese Person im Unternehmerbetrieb ausfindig zu machen.

Als »Beauftragten« im Sinne des § 88 UrhG definiert das OLG Wien eine Person, die, ohne in einem Dienstverhältnis zu stehen, auf Grund eines anderen Rechtsgeschäftes dauernd oder vorübergehend für den Unternehmer tätig ist. Der Ausdruck »Betrieb« sei dabei nicht im Sinne einer örtlichen Einheit und »Betriebsstätte« zu verstehen, sondern vielmehr als Gesamtheit der technischen und wirtschaftlichen Einrichtungen, die der Erreichung des Unternehmenszweckes dienen. Da die

B-OHG immer beim selben Fotografen die von ihr benötigten Vergrößerungen anfertigen lasse, bestehe zu ihm ein enges Geschäftsverhältnis, aufgrund dessen die Vergrößerungen des Fotografen C als im Betrieb der OHG angefertigt betrachtet werden könnten.

Die Haftung des Unternehmensinhabers für Ansprüche auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG sei verschuldensunabhängig; nur jene für Schadenersatzansprüche nach § 87 UrhG setze ein Verschulden des Unternehmensinhabers voraus. Das Vorbringen, sie habe ihre Angestellten und den Fotografen selbst angewiesen, keine signierten Bilder anzunehmen und Verstöße gegen des UrhG zu vermeiden, könne die B-OHG daher wenn überhaupt nur von der schadenersatzrechtlichen Haftung befreien. Nach Ansicht des OLG Wien lässt dieses Vorbringen aber ohnehin nicht den Verschuldensvorwurf entfallen. Die OHG habe vielmehr behaupten und beweisen müssen, alles Zumutbare getan zu haben, um durch eine entsprechende Kontrolle die Befolgung ihres Auftrages sicherzustellen. Die B-OHG schulde dem klagenden Fotografen A daher ein angemessenes Entgelt (§ 86 UrhG) und Ersatz für den immateriellen Schaden (§ 87 Abs 2 UrhG).

2. Almdudler III⁵³⁴

Der Almdudler III-Entscheidung, die sich mit der Frage beschäftigt, wann eine Verletzung »im Unternehmensbetrieb« stattfindet, lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Das Unternehmen A vertreibt eine Kräuterlimonade unter dem bekannten Firmenschlagwort »Almdudler« und ist Inhaberin einer Marke, die dieses Schlagwort als prägenden Bestandteil enthält. B ist Inhaberin eines Gastronomiebetriebs. Sie bezog Kräuterlimonade von A und verkaufte sie in ihrem Betrieb. Ein angestellter Kellner der B schenkte – ohne das Wissen der B – an die Gäste unter der Bezeichnung »Almdudler« eine andere Kräuterlimonade aus, die er nicht über Zapfhahn und Kasse der B bonierte, sondern privat für sich selbst verrechnete. A klagte B daraufhin auf Unterlassung.

Hinsichtlich der Frage, ob die Verletzung »im Betrieb des Unternehmers« stattgefunden habe, verwies der OGH zunächst auf das deutsche Schrifttum, welches bei vergleichbarer Gesetzeslage den marken-

534 OGH 22. 9. 2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166 (*Heidinger*).

rechtlichen Begriff des Unternehmensbetriebs funktional und nicht räumlich abgrenzt. Danach erfolge eine Verletzung »im Betrieb eines Unternehmens«, soweit die jeweilige Tätigkeit dem Unternehmer zugutekomme und er für ihre Abstellung sorgen könne. Diese Voraussetzungen seien aber insbesondere dann nicht erfüllt, wenn ein Angestellter oder Beauftragter anlässlich der Tätigkeit betriebliche Einrichtungen vertragswidrig missbrauche und/oder Privatgeschäfte abwickle. Die Abgrenzung der Betriebszugehörigkeit erfolge somit anhand des Sachzusammenhangs mit dem betrieblichen Aufgabenbereich.

In der Folge erörterte der OGH die – den deutschen Grundsätzen entsprechende – österreichische Rechtsprechung zur Unternehmerhaftung nach § 18 UWG. Gegenüber den immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen sei diese Vorschrift weiter, weil sie sich nicht auf Bedienstete und Beauftragte beschränke. Bezüglich des Merkmals der Verletzung »im Unternehmensbetrieb« könne aber trotzdem auf die Rechtsprechung zu § 18 UWG zurückgegriffen werden. Danach gehöre die Verletzung dann zum Unternehmensbetrieb, wenn die jeweilige Handlung dem Unternehmensinhaber zugutekomme und er für ihre Abstellung sorgen könne. Die Haftung des Unternehmensinhabers für rein private Tätigkeiten eines Angestellten sei aber ausgeschlossen, selbst wenn sie räumlich betrachtet im Unternehmensbetrieb erfolge. Die Unternehmerhaftung finde dort ihre Grenzen, wo der Unternehmer aus dem Handeln seiner Hilfspersonen überhaupt keinen Vorteil mehr gewinnen könne.

Daraus zieht der OGH für § 54 Abs 1 Satz 1 MSchG den Schluss, B müsse nicht für das Verhalten seines Kellners einstehen. Die markenrechtliche Unternehmerhaftung – ebenso wie bei der Parallelbestimmung des § 18 UWG, der gleiche Wertungen zugrunde lägen – erfasse nämlich jene Fälle nicht, in denen das Handeln einer Hilfsperson dem Unternehmer nicht mehr zugutekomme, weil es allein den Interessen der Hilfsperson diene. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Angestellte oder Beauftragte des Unternehmers ohne dessen Billigung unter missbräuchlicher Ausnutzung der betrieblichen Infrastruktur (Betriebsorganisation) Privatgeschäfte betreibe, und damit nicht für das Unternehmen, sondern für eigene Zwecke und auf eigene Rechnung tätig werde.

□

C. Problemfelder

1. Bedienstete und Beauftragte im Unternehmensbetrieb

Während die Colorbilder-Entscheidung zeigt, dass der Personenkreis, für den der Unternehmer haftet, auch über die örtliche Betriebsstätte hinausreichen und sogar andere selbständige Unternehmer erfassen kann, lehrt Almdudler III umgekehrt, dass der Unternehmer nicht für alles, was seine Angestellten räumlich in seiner Betriebsstätte tun, einstehen muss.

Wie die Zusammenschau der beiden Entscheidungen verdeutlicht, ist der Haftungsradius funktionell und nicht etwa räumlich zu bestimmen, weshalb allein die funktionelle Zielrichtung der verletzenden Handlung den Ausschlag gibt. Der Unternehmer hat immer dann für die Handlung einzustehen, wenn sie dem Unternehmenszweck dient und er somit einen Vorteil aus der Handlung zieht.

Um im Einzelfall zu bestimmen, ob eine bestimmte Verletzungshandlung »im Unternehmensbetrieb« erfolgt, kann – wie der OGH dies in Almdudler III tut – auf die zu § 18 UWG ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Zwar erfasst diese Bestimmung ihrem Wortlaut nach einen größeren Personenkreis als die immaterialgüterrechtliche Unternehmerhaftung, weil sie sich nicht auf Beauftragte und Bedienstete beschränkt. Bei der Gesetzesanwendung wirkt sich allerdings dieser Unterschied kaum aus;⁵³⁵ für die Frage, ob die Verletzungshandlung im Unternehmensbetrieb gesetzt wurde, ist er sogar gänzlich irrelevant.⁵³⁶

Nach der Rechtsprechung zu § 18 UWG fällt eine Verletzungshandlung in den Unternehmensbetrieb, falls sie sich im Zuge einer Tätigkeit ereignet, die im geschäftlichen Interesse des Unternehmensinhabers liegt, soweit dieser für die Beendigung der Verletzungshandlung sorgen kann.⁵³⁷ Diese Möglichkeit hat er jedenfalls dann, wenn er der handelnden Person Weisungen erteilen kann. Ob er bei weisungswidrigem Verhalten faktisch in der Lage ist, die Verletzung abzuschalten,

535 Griss, JBl 2005, 69 (74).

536 So auch OGH 22.9.2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166 (Heidinger).

537 OGH 4.4.1978, 4 Ob 313/78 – Austriatrans III – ÖBl 1979, 23; OGH 4.11.1986, 4 Ob 377/86, wbl 1987, 98; OGH 20.1.2004, 4 Ob 217/03w, MR 2004, 136; OGH 12.9.2001, 4 Ob 134/01m – Das versteckte Mikrophon – ÖBl 2003, 22; Herzig in Wiebe/Kodek, UWG² § 18 Rz 12; Griss, JBl 2005, 69 (74).

ist unerheblich.⁵³⁸ Die Haftung des Unternehmensinhabers für rein private Tätigkeiten eines Angestellten ist aber ausgeschlossen, selbst wenn diese Tätigkeiten in räumlicher Hinsicht im Unternehmensbetrieb stattfinden. Die Unternehmerhaftung findet dort ihre Grenzen, wo dem Unternehmer das Handeln seiner Hilfspersonen in keiner Weise zugutekommt.⁵³⁹

Dementsprechend ist der Begriff »Betrieb« auch im Immaterialgüterrecht nicht örtlich, sondern funktionell zu verstehen. Er erfasst alle wirtschaftlichen und technischen Einrichtungen, die in ihrer Gesamtheit der Erreichung des Unternehmenszwecks dienen.⁵⁴⁰ Vor allem beschränkt er sich nicht auf jene Personen, die organisatorisch in eine Betriebsstätte eingebunden und weisungsunterworfen sind (»Bedienstete«), sondern erfasst (als »Beauftragte«) auch außenstehende selbständige Unternehmer. Maßgeblich ist auch hier, ob der Unternehmensinhaber einerseits die rechtliche Möglichkeit hat, das rechtswidrige Verhalten der fraglichen Person abzustellen, und ob ihm andererseits aus ihrem Handeln ein Vorteil erwächst.⁵⁴¹ So bleiben wie im Wettbewerbsrecht solche Handlungen von der Haftung ausgeschlossen, die ein Bediensteter (oder Beauftragter) unter Ausnützung des Unternehmensbetriebes nur im eigenen und nicht in des Unternehmers Interesse setzt.⁵⁴²

Anders als § 18 UWG, nach dessen Wortlaut der Unternehmer für alle im Unternehmensbetrieb handelnden Personen zu haften hat,⁵⁴³ beschränken sich die immaterialgüterrechtlichen Vorschriften auf Bedienstete und Beauftragte. Bedienstete sind Personen, die aufgrund

538 OGH 9.6.2009, 4 Ob 47/09d, wbl 2009/226, 522; OGH 12.2.2013, 4 Ob 1/13w – Feier der Westbahn – MR 2013, 90, kritisch dazu *Plasser*, RdW 2014/82, 61, zustimmend hingegen *Herzig/Schmid*, RdW 2014/356, 324.

539 OGH 22.9.2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166; OGH 22.3.2001, 4 Ob 38/01v; OGH 23.11.1982, 4 Ob 392/82; *Herzig* in Wiebe/Kodek, UWG² § 18 Rz 14.

540 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 81 Rz 32; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 54 Rz 5; *Griss*, JBl 2005, 69 (74); *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 238 f; OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676/54 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18; OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268; OGH 12.9.2001, 4 Ob 134/01m – Das versteckte Mikrofon – ÖBl 2003, 22.

541 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 81 Rz 32; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 54 Rz 5; *Griss*, JBl 2005, 69 (74); OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268; OGH 12.9.2001, 4 Ob 134/01m – Das versteckte Mikrofon – ÖBl 2003, 22.

542 OGH 22.9.2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166.

543 Bei der Gesetzesanwendung macht dies im Ergebnis häufig keinen Unterschied, *Griss*, JBl 2005, 69.

eines Dienstverhältnisses im Betrieb des Unternehmers beschäftigt sind.⁵⁴⁴ Beauftragte sind alle, die ohne Dienstverhältnis auf Grund eines anderen Rechtsgeschäftes dauernd oder auch nur vorübergehend für das Unternehmen tätig werden,⁵⁴⁵ so dass die Unternehmensleitung einen gewissen Einfluss auf ihr Verhalten nehmen kann.⁵⁴⁶ Dabei kann es sich auch um selbständige Unternehmer,⁵⁴⁷ zum Beispiel um Vertragshändler oder Franchisenehmer handeln.⁵⁴⁸ Beauftragte ist daher etwa auch eine Werbeagentur, die aufgrund eines Werkvertrages für das Unternehmen ein Inserat entwirft. Verstößt diese Werbeagentur mit diesem Inserat gegen § 74 UrhG, weil sie ohne Zustimmung des Lichtbildherstellers dessen Foto verwendet, sind die grundlegenden Voraussetzungen der Unternehmerhaftung erfüllt.⁵⁴⁹

Hinsichtlich weiterer Voraussetzungen und der Ausgestaltung der Unternehmerhaftung ist zwischen bereicherungsrechtlichen und schadenersatzrechtlichen Ansprüchen zu unterscheiden.

2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Für den Anspruch auf ein angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG oder § 53 Abs 1 MSchG haftet allein der Unternehmer, sofern die anspruchsbegründende Handlung im Betrieb des Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangen worden ist. Dies folgt bei § 152 Abs 2 PatG und § 54 Abs 2 MSchG⁵⁵⁰ unmittelbar aus dem Wortlaut und bei § 88 UrhG aus den Materialien.⁵⁵¹ Diese aus-

544 *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 4; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² § 54 Rz 5.

545 *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 5; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 54 Rz 9; OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94 – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87; OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676/54 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18; OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268; OGH 13.5.1953, 3 Ob 337/53 – Musterhotel – ÖBl 1953, 57.

546 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 81 Rz 32; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz § 54 Rz 9.

547 OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268.

548 *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² § 54 Rz 9; ebenso zum UWG vgl OGH 10.5.1988, 4 Ob 339/86 – Preishammer – ÖBl 1988, 154;.

549 OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156 (*Walter*).

550 Dazu *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² § 54 Rz 15.

551 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 178: Es »trifft ihn [den Unternehmer] allein die Pflicht, dem Verletzten ein angemessenes Entgelt zu bezahlen«. Vgl dazu auch *Apathy* in FS Griss 1 (7); *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 88 Anmerkung 8.

schließliche Haftung des Unternehmers basiert auf der Überlegung, dass durch die »Ersparung des Entgeltes, das dem Berechtigten für die Erteilung seiner Einwilligung zu bezahlen gewesen wäre, der Inhaber des Unternehmens«⁵⁵² und nicht der Bedienstete oder Beauftragte bereichert wird.⁵⁵³

Dieser Gedanke entspricht den allgemeinen Wertungen des § 1041 ABGB, da der Verwendungsanspruch sich unabhängig davon, wer die Eingriffshandlung gesetzt hat, gegen denjenigen richtet, der aus dem Eingriff Nutzen zieht. Dazu muss der Bereicherte den Eingriff nicht selbst durchführen, sondern es genügt, wenn überhaupt in einen Vermögenswert eingegriffen wurde und dieser Eingriff zu einer Bereicherung führt.⁵⁵⁴ Die Vermögensverschiebung kann auf das Verhalten des Bereicherten, des Entreicherten, eines Dritten oder gar auf Zufall zurückgehen.⁵⁵⁵

Anders als der Verwendungsanspruch richtet sich der Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG und § 53 Abs 1 MSchG allein gegen den Verletzer. Wegen dieser Einschränkung wurden die immaterialgüterrechtlichen Sonderregelungen über die Unternehmerhaftung überhaupt erst notwendig.⁵⁵⁶ Aufgrund seines bereicherungsrechtlichen Charakters kann sich der Anspruch auf angemessenes Entgelt allein gegen denjenigen richten, der aus dem Eingriff einen Nutzen zieht,⁵⁵⁷ nämlich durch Ersparnis derjenigen Aufwendungen, die eine rechtmäßige Nutzung verlangt hätte.

Die Haftung nach § 88 Abs 1 UrhG setzt weder ein Verschulden des Bediensteten oder Beauftragten noch ein Verschulden des Unternehmers voraus, was ebenfalls den allgemeinen Wertungen des Bereicherungsrechts entspricht.⁵⁵⁸ Nach PatG und MSchG entfällt die Verpflich-

552 *Dillenz*, Materialien zum UrhG 178.

553 *Korn* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 88 Rz 9; *Dillenz*, Materialien zum UrhG 178; *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 8; im Ergebnis auch OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156 (*Walter*).

554 *Koziol/Spitzer* in *KBB*³ § 1041 Rz 10 und 12.

555 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II⁴ 1730.

556 So auch *Apathy* in *FS Griss* 1 (10).

557 *Apathy* in *FS Griss* 1 (4). Derselbe Grundsatz bestimmt die Haftung von Gehilfen und Anstiftern, vgl OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*).

558 *Korn* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 88 Rz 10; *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 1 und 6; *Dillenz*, Materialien zum UrhG 178; *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG*² § 89 Rz 2; *Schönherr*, Glosse zu OGH 13.5.1953, 3 Ob 337/53 – Musterhotel – ÖBl 1953, 57; OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94 – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87; OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156 (*Walter*).

tung des Unternehmensinhabers zur Zahlung eines angemessenen Entgelts, wenn er von der Verletzung weder wusste, noch daraus einen Vorteil erlangt hat. Soweit der Unternehmer einen Vorteil erlangt hat, tritt seine Haftung also unabhängig davon ein, ob er Kenntnis von der Verletzung hatte. Sofern er aber keinen Vorteil erlangt, haftet er nur bei Kenntnis.

Die erste Fallkonstellation ist unproblematisch und erklärt sich aus den bisherigen Ausführungen. Der Unternehmer erlangt einen Vorteil, weil er sich die Nutzungsgebühren erspart. Er haftet daher für den Anspruch auf angemessenes Entgelt, unabhängig davon, ob er von der Verletzung Kenntnis hatte. Nichts Anderes gilt nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen.

Die zweite Fallkonstellation hingegen wirft mehrere Fragen auf. Die bisherige Erörterung der Unternehmerhaftung ging nämlich selbstverständlich davon aus, dass bei einer im Unternehmerbetrieb verursachten Verletzung die Bereicherung beim Unternehmer eintritt. Wie die Almdudler III-Entscheidung zeigt, impliziert schon die Voraussetzung, wonach die Verletzungshandlung »im Betrieb des Unternehmers« erfolgen muss, dass diese Handlung im Interesse des Unternehmers und zu seinem Vorteil erfolgte.⁵⁵⁹ Genau daraus rechtfertigt sich die Unternehmerhaftung für Bereicherungsansprüche.

Wenn hingegen ein Bediensteter zwar innerhalb der Betriebsorganisation, aber ausschließlich im eigenen Interesse eine allein seinem eigenen wirtschaftlichen Fortkommen dienende Verletzungshandlung setzt, so ist es nicht der Unternehmer, sondern der Bedienstete, der sich die Benützungsg Gebühr erspart. Eine Unternehmerhaftung ist in diesem Fall nicht gerechtfertigt.⁵⁶⁰ Dementsprechend zieht der OGH die Grenzen der Unternehmerhaftung dort, wo dem Unternehmer das Handeln seiner Hilfspersonen in keiner Weise zugutekommt und er daraus auch keinen Vorteil ziehen kann. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Angestellte oder Beauftragte des Unternehmers ohne dessen Billigung unter missbräuchlicher Ausnutzung der betrieblichen Infrastruktur Privatgeschäfte durchführt, und damit nicht für das Unternehmen, sondern für eigene Zwecke und auf eigene Rechnung tätig wird.⁵⁶¹

559 OGH 22. 9. 2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166.

560 *Hermann* in Kucsko/Schumacher, *marken.schutz*² § 54 Rz 14.

561 OGH 22. 9. 2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166.

In diesen Fällen wäre es absurd, den Unternehmer anstelle des Bediensteten haften zu lassen. Dies wirft jedoch die Frage auf, wieso der Unternehmer nach PatG und MSchG haften soll, wenn er von der Verletzung wußte, ihm aber kein Vorteil aus der Verletzungshandlung zukam. Folgte man streng dem Wortlaut, so hätte diese Bestimmung eine sehr eigentümliche Konsequenz: Würde ein Bediensteter nur zu seinem eigenen Vorteil handeln und der Unternehmer davon wissen, so entfielen der Bereicherungsanspruch gegen den Bediensteten, während allein der Unternehmer haften müßte. Allerdings ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum der Unternehmer, bloß wegen seines Wissens von der Verletzungshandlung, anstelle des Bediensteten für einen Vorteil haften soll, der allein dem Bediensteten zukam. Ein solches Ergebnis wäre völlig unsachgemäß und weder mit bereicherungsrechtlichen noch mit anderen zivilrechtlichen Grundsätzen erklärbar.

Insbesondere wäre auch aus schadenersatzrechtlichen Erwägungen dafür keine Rechtfertigung zu gewinnen. Zwar hat der Anspruch in diesem Fall mit dem Vorwurf zu tun, der Unternehmer habe von der Verletzungshandlung gewußt, die Rechtsverletzung aber nicht verhindert. Das Tatbestandsmerkmal der »Kenntnis« ließe sich also im Sinne von »Verschulden« verstehen, was für eine schadenersatzrechtliche Natur des Anspruchs sprechen würde. Dem steht jedoch entgegen, dass der Anspruch auf angemessenes Entgelt gerade keinen Schaden ausgleichen, sondern einen unrechtmäßig eingetretenen Vorteil vergüten soll.

Die meines Erachtens einzig systemkonforme Lesart der § 152 Abs 2 PatG und § 54 Abs 2 MSchG ist diese: Wie im ersten Kapitel über den Bereicherungsanspruch ausgeführt, weicht die Bemessung des Anspruchs auf angemessenes Entgelt im Immaterialgüterrecht vom allgemeinen Bereicherungsrecht insoweit ab, als es selbst dem redlichen Bereicherungsschuldner verwehrt ist, den Anspruch zu verringern, weil sein subjektiver Nutzen geringer war.⁵⁶² Nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis der § 152 Abs 2 PatG und § 54 Abs 2 MSchG kehrt die Unternehmerhaftung zu den allgemeinen Bemessungsregeln zurück. Der redliche Unternehmer kann danach geltend machen, sein konkreter subjektiver Nutzen sei niedriger, womöglich sogar gleich null gewesen. Anders gewendet: Wenn der konkrete subjektive Nutzen des Unternehmers gleich null war, so kann sich der Unternehmer

⁵⁶² Vgl oben I.C.1.

darauf nur dann berufen, wenn er redlich in dem Sinne war, nichts von der Verletzungshandlung gewusst zu haben.⁵⁶³ So verstanden stehen § 152 Abs 2 PatG und § 54 Abs 2 MSchG ganz im Einklang mit dem allgemeinen Bereicherungsrecht. Nicht nachvollziehbar ist allerdings, warum der redliche Unternehmer nur durch das MSchG und das PatG, nicht aber durch das UrhG bessergestellt wird. Hier besteht Anpassungsbedarf.

3. Schadenersatzrechtliche Ansprüche

Anders als im Bereicherungsrecht ist die Unternehmerhaftung für schadenersatzrechtliche Ansprüche in allen drei Gesetzen (UrhG, PatG, MSchG) gleich geregelt. Danach haftet der Unternehmensinhaber für schadenersatzrechtliche Ansprüche aus einer durch einen Bediensteten oder Beauftragten im Unternehmensbetrieb gesetzten Verletzungshandlung, soweit er die Verletzung kannte oder kennen musste.⁵⁶⁴ Erfasst werden alle Schadenersatzansprüche inklusive Pauschalersatz, Ersatz für ideelle Schäden und die Gewinnherausgabe.⁵⁶⁵

Die Voraussetzung des Kennens oder Kennenmüssens wird allgemein im Sinne eines eigenen Verschuldens des Unternehmers verstanden.⁵⁶⁶ Demnach entfällt die Haftung, wenn der Unternehmer die Verletzung zwar kannte oder kennen musste, er aber keine Möglichkeit hatte, sie zu verhindern. Ein Verschulden des Bediensteten oder Beauftragten ist nicht erforderlich.⁵⁶⁷

563 Allgemein ist der Redlichkeitsbegriff umstritten. Manche stellen auf das (glaubwürdige und auf wahrscheinlichen Gründen beruhende) Nichtwissen ab, nach anderer Ansicht steht schon das Wissenmüssen der Redlichkeit entgegen, vgl *Holzner* in Rummel I⁴ § 326 Rz 2; *Koziol/Welser-Kletecka*, Bürgerliches Recht I⁴ Rz 828.

564 § 88 Abs 2 UrhG, § 153 Abs 3 PatG, § 54 Abs 3 MSchG.

565 § 88 Abs 2 UrhG, § 153 Abs 3 PatG, § 54 Abs 3 MSchG.

566 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 15; *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 239 f; *Dillenz/Gutman*, *UrhG* & *VerwGesG*² § 89 Rz 2; *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 565.2; *Schönherr*, Glosse zu OGH 13. 5. 1953, 3 Ob 337/53 – Musterhotel – ÖBl 1953, 57; OGH 28. 12. 1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268; OGH 28. 6. 1994, 4 Ob 76/94v – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87; OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156 (*Walter*); ebenso zur Parallelbestimmung in § 18 UWG *Herzig* in Wiebe/Kodek, UWG² § 18 Rz 31.

567 *Dillenz*, Materialien zum UrhG, 178; *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 16; *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 1; *Hermann* in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² § 54 Rz 17.

Die Unternehmerhaftung tritt neben die Haftung aus § 1301 ABGB und die Gehilfenhaftung aus §§ 1313a, 1315 ABGB.⁵⁶⁸ Wenn auch der Bedienstete (oder Beauftragte) schuldhaft gehandelt hat, so haften er und der Unternehmer solidarisch nach § 89 UrhG, 153 PatG oder § 53 Abs 5 MSchG.⁵⁶⁹ Der Anspruch auf Gewinnherausgabe richtet sich freilich ausschließlich gegen den Unternehmensinhaber,⁵⁷⁰ falls nur bei diesem der abzuschöpfende Gewinn entstanden ist. Trifft den Unternehmer kein Verschulden, dann kommt nur eine Haftung nach der allgemeinen Regel des § 1315 ABGB für untüchtige Gehilfen in Betracht.⁵⁷¹

Begründet wird die schadenersatzrechtliche Unternehmerhaftung mit der Pflicht des Unternehmers, in seinem Betrieb die Schädigung Dritter durch Rechtsverletzungen seiner Bediensteten und Beauftragten zu verhindern. Daher darf sich der Unternehmensinhaber nicht auf seine Unkenntnis berufen, wenn er bei Aufwendung der gehörigen Aufmerksamkeit von dem rechtswidrigen Verhalten wissen hätte müssen.⁵⁷² Die Erteilung von Weisungen zu rechtmäßigem Verhalten allein genügt nicht. Vielmehr muss er alles Zumutbare tun, um durch entsprechende Kontrolle die Befolgung seiner Weisungen sicherzustellen.⁵⁷³

Zwar überschneidet sich die Unternehmerhaftung insofern mit der allgemeinen Gehilfenhaftung der §§ 1313a, 1315 ABGB, als es in beiden Fällen darum geht, für das Verhalten einer anderen Person zu haften, weil diese der eigenen Organisations- und Wirtschaftssphäre zugerechnet werden kann. Die Zurechnung erfolgt aber bei der Unternehmer- und Gehilfenhaftung aufgrund recht unterschiedlicher Kriterien. So haftet der Geschäftsherr nach § 1313a ABGB für Personen, die er zur Erfüllung eines Vertrages heranzieht, während er nach § 1315 ABGB für Personen einzustehen hat, derer er sich zur »Besorgung seiner Angelegenheiten bedient«. Die immaterialgüterrechtliche Unternehmerhaftung erfasst schließlich »Bedienstete« und »Beauftragte«, die eine

568 Korn in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 24; Dillenz, Materialien zum UrhG, 178.

569 Dillenz, Materialien zum UrhG, 178; Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG² § 89 Rz 2; Korn in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 16, 27; Peter, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 11; Hermann in Kucsko/Schumacher, marken.schutz² § 54 Rz 17; Rintelen, Urheber- und Urhebervertragsrecht 218.

570 Korn in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 20; Peter, Das Österreichische Urheberrecht § 88, Anmerkung 15.

571 Vgl dazu Griss, JBl 2005, 69 (76).

572 Dillenz, Materialien zum UrhG, 178.

573 Korn in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 18; OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676/54 – Colorbilder I – ÖBl 1955, 18.

Verletzungshandlung »im Unternehmensbetrieb« setzen. Trotz gewisser Parallelen zwischen diesen Tatbestandsmerkmalen ist die Ratio der genannten Bestimmungen doch recht unterschiedlich.

§ 1313a ABGB betrifft Fälle, in denen Pflichten aus einer bestehenden rechtlichen Sonderverbindung verletzt werden. Der Erfüllungsgelhilfe wird vom Geschäftsherrn dazu herangezogen, eine Verpflichtung aus einer bestimmten Sonderbeziehung gegenüber einer bestimmten Person zu erfüllen. Die Haftung für dabei entstandene Schäden setzt kein Verschulden des Geschäftsherrn voraus, sondern hängt allein von der Frage ab, ob das Verhalten des Gehilfen, hätte es der Geschäftsherr selbst gesetzt, sorgfaltswidrig und schuldhaft wäre.⁵⁷⁴ Die Ratio des § 1313a liegt darin, dass der Schuldner zwar berechtigt ist, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen Hilfspersonen heranzuziehen, die Position des Gläubigers aber dadurch nicht verschlechtert werden darf. Würde der Schuldner nur für eigenes Verschulden haften, so hätte der Gläubiger bei einem sorgfältig ausgewählten Gehilfen nur einen Ersatzanspruch gegen diesen Gehilfen. Der Gehilfe ist aber regelmäßig nicht nur weniger zahlungskräftig, sondern steht mit dem Gläubiger auch in keiner vertraglichen Beziehung, weshalb er diesem gegenüber nur deliktisch haftet.⁵⁷⁵ Da sich die Haftungsvoraussetzungen des § 1313a ABGB grundlegend von jenen der immaterialgüterrechtlichen Unternehmerhaftung unterscheiden, sollte in Fällen, in denen eine Immaterialgüterrechtsverletzung im Rahmen einer rechtlichen Sonderbeziehung erfolgt, § 1313a neben der Unternehmerhaftung zur Anwendung kommen.⁵⁷⁶

§ 1315 ABGB normiert – wie auch die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen zur Unternehmerhaftung – die Haftung für Gehilfen außerhalb des Vertragsrechts und basiert auf einer anderen Überlegung als § 1313a. Besorgungsgelhilfen sind ganz allgemein alle, derer sich der Geschäftsherr zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient. Ob der fehlenden rechtlichen Sonderverbindung zum Geschädigten, ist die Verantwortlichkeit für Besorgungsgelhilfen gegenüber jener für Erfüllungsgelhilfen erheblich eingeschränkt. Sie besteht allein für untüchtige oder gefährliche Gehilfen und basiert auf dem Grundgedanken,

574 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 336; *Schacherreiter* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON^{1,04} § 1313a Rz 3 ff.

575 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 336; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1530; *Schacherreiter* in Kletecka/Schauer ABGB-ON^{1,04} § 1313a Rz 1.

576 So zum Wettbewerbsrecht *Rummel* in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 305; *Herzig* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 18 Rz 32.

dass der Geschäftsherr, der sich in seinem eigenen Interesse eines mit solchen negativen Eigenschaften versehenen Gehilfen bedient und dadurch das Risiko für fremde Rechtsgüter erhöht, für diese Gefahrenquelle einstehen soll.⁵⁷⁷

Ein untüchtiger Gehilfe im Sinne des § 1315 ist für die ihm übertragene Aufgabe überhaupt nicht geeignet. »Untüchtig« ist er, weil er gerade jene Tätigkeiten, die ihm vom Geschäftsherrn übertragen werden, nicht ordnungsgemäß erfüllen kann.⁵⁷⁸ »Gefährlich« ist er hingegen nicht in Bezug auf die zu verrichtenden Aufgaben, sondern im Hinblick auf seine allgemeinen Eigenschaften. Die Gefährlichkeit ist unabhängig von den übertragenen Aufgaben gegenwärtig und für andere Rechtsgüter bedrohlich.⁵⁷⁹

Nur die Haftung für gefährliche Personen setzt voraus, dass der Geschäftsherr die Gefährlichkeit kennt, beim Einsatz untüchtiger Personen ist die Frage der Kenntnis unerheblich. Der Grund für diese Unterscheidung liegt darin, dass der Geschäftsherr mit dem Einsatz untüchtiger Personen die Gefahrenquelle überhaupt erst schafft, weil sich die Untüchtigkeit erst durch die Tätigkeit für den Geschäftsherrn schädigend auswirkt. Die Schädigung steht daher in einem viel engeren Zusammenhang zu den übertragenen Aufgaben, als bei gefährlichen Personen, deren Gefährlichkeit die Rechtsgüter anderer nicht nur deshalb bedroht, weil sie vom Geschäftsherrn für spezifische Angelegenheiten im Einsatz sind.⁵⁸⁰

Bei der immaterialgüterrechtlichen Unternehmerhaftung für Schadenersatzansprüche handelt es sich – wie bei § 1315 ABGB – um eine Haftung nicht im vertraglichen, sondern im deliktischen Bereich. Jedoch beschränkt sich die immaterialgüterrechtliche Unternehmerhaftung nicht auf gefährliche und untüchtige Gehilfen, sondern erfasst alle Bediensteten und Beauftragten, die im Betrieb des Unternehmens eine Verletzung begehen. Insofern ist die Unternehmerhaftung weiter. Aller-

577 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 352; *Schacherreiter* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 1315 Rz 1 f.

578 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1535; *Schacherreiter* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 1315 Rz 13; OGH 2. 9. 1953, 2 Ob 401/53, JBl 1954, 201; OGH 1. 12. 1961, 2 Ob 476/61, JBl 1962, 444.

579 *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1536; *Schacherreiter* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 1315 Rz 20.

580 *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 352 f; *Koziol*, Grundfragen Rz 6/122; *Schacherreiter* in Kletecka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰⁴ § 1315 Rz 4.

dings setzt sie Verschulden des Unternehmers voraus, was im Rahmen des § 1315 ABGB nur bei untüchtigen Gehilfen erforderlich ist. In dieser Hinsicht ist die Unternehmerhaftung somit enger als § 1315 ABGB. Haftungsvoraussetzungen und Zweckrichtung der beiden Haftungsarten für fremdes Verhalten sind unterschiedlich, weshalb beide Vorschriften nebeneinander zur Anwendung kommen sollten.⁵⁸¹

D. Zwischenresümee

Für Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche, die aus der Verletzung eines Urheberrechts, Patentrechts oder Markenrechts resultieren, haftet gemäß § 88 UrhG, § 152 PatG und § 54 MSchG der Unternehmensinhaber, wenn diese Verletzung von einem Bediensteten oder Beauftragten im Betrieb des Unternehmens begangen wurde. Eine ähnliche Bestimmung enthält § 18 UWG. Die Unternehmerhaftung umfasst solche Verletzungen, die funktionell dem Unternehmensbetrieb zuzuordnen sind, also im Zuge einer Tätigkeit erfolgen, die dem Unternehmenszweck dient und dem Unternehmer grundsätzlich zum Vorteil gereicht.

Soweit es um bereicherungsrechtliche Ansprüche geht, konkretisiert die Unternehmerhaftung einen allgemeinen Grundsatz, der sich schon aus den Wertungen des § 1041 ABGB ergibt. Nach diesem Grundsatz muss für einen bereicherungsrechtlichen Anspruch derjenige haften, der einen Vorteil aus der rechtswidrigen Verwendung eines Rechtsguts gezogen hat, auch wenn er nicht selbst in das Rechtsgut eingegriffen hat. Im PatG und MSchG kann sich der redliche Unternehmer bei der Bemessung des Bereicherungsanspruchs darauf berufen, sein subjektiver Nutzen sei geringer als die objektive Bereicherung. Allerdings ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, weshalb das UrhG in dieser Hinsicht von PatG und MSchG abweicht und dem redlichen Unternehmer keine solche Einwendung gewährt.

Für schadenersatzrechtliche Ansprüche haftet der Unternehmer nur, wenn er selbst schuldhaft handelt. Seine Haftung gründet auf der Pflicht des Unternehmers, in seinem Betrieb Immaterialgüterrechtsverletzungen durch Bedienstete und Beauftragte zu verhindern; sie tritt neben die Haftung nach §§ 1301, 1313a, 1315 ABGB.

581 Zur Parallelbestimmung des § 18 UWG *Rummel* in *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 305; *Herzig* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 18 Rz 34; *E. Wagner*, ÖJZ 2007/65, Fußnote 26.

VI. Tätermehrheit, Gehilfen und Anstifter

A. Allgemeines

§ 89 UrhG, § 153 PatG und § 53 Abs 5 MSchG sehen eine solidarische Haftung mehrerer Personen vor, gegen die derselbe bereicherungs- oder schadenersatzrechtliche Anspruch besteht. Die gleiche Regelung findet sich in § 17 UWG. Im Einzelnen lauten die genannten Bestimmungen wie folgt:

§ 89 UrhG. Soweit derselbe Anspruch auf ein angemessenes Entgelt (§ 86), auf Schadenersatz (§ 87, Absatz 1 bis 3) oder auf Herausgabe des Gewinnes (§ 87, Absatz 4) gegen mehrere Personen begründet ist, haften sie zur ungeteilten Hand.

§ 153 PatG. Soweit derselbe Anspruch in Geld (§ 150) gegen mehrere Personen besteht, haften sie zur ungeteilten Hand.

§ 53 MSchG. [...] (5) Soweit derselbe Anspruch in Geld gegen mehrere Personen besteht, haften sie zur ungeteilten Hand.

§ 34 MuSchG. Wer in seinem Musterrecht verletzt worden ist, hat Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinnes, [...] Die §§ 147 bis 154 des Patentgesetzes 1970 gelten sinngemäß.

§ 41 GMG. Wer in seinem Gebrauchsmuster verletzt worden ist, hat Anspruch auf Unterlassung, Beseitigung, Urteilsveröffentlichung, angemessenes Entgelt, Schadenersatz, Herausgabe des Gewinnes, [...] Die §§ 147 bis 157 des Patentgesetzes 1970 sind sinngemäß anzuwenden.

§ 17 UWG. Sind für einen Schaden, dessen Ersatz auf Grund dieses Gesetzes zu leisten ist, mehrere Personen verantwortlich, so haften sie zur ungeteilten Hand.

Diese Vorschriften begründen keine neuen Ansprüche, sondern sind erst anzuwenden, sofern ein bestimmter Anspruch bereits besteht und sich gegen mehrere Personen richtet. Diese Situation kann etwa dann eintreten, wenn eine Unternehmer- oder Gehilfenhaftung schlagend wird. Darüber hinaus können an der Verletzungshandlung mehrere

Personen beteiligt sein, sei es durch direkte Mitwirkung, sei es durch einen Tatbeitrag. Mit dieser Fallkonstellation beschäftigen sich die folgenden Ausführungen.

B. Fallbeispiele

Auch die beiden nachstehenden Entscheidungen betreffen Verletzungen von Immaterialgüterrechten, an denen mehrere Personen beteiligt sind. In der ersten Entscheidung geht es um einen bereicherungs-, in der zweiten Entscheidung um einen schadenersatzrechtlichen Anspruch.

1. Masterplan⁵⁸²

Die Entscheidung Masterplan beschäftigt sich mit der Frage, wer in einem Mehrpersonenverhältnis für einen Anspruch auf angemessenes Entgelt nach § 86 UrhG einzustehen hat.

Ihr lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Ein Zivilingenieur entwarf für eine Gemeinde Straßenbaupläne, welche die Gemeinde an ein anderes Bauunternehmen weitergab. Dieses Bauunternehmen führte in der Folge auf Grundlage der Pläne für die Gemeinde ein Projekt durch. Der Zivilingenieur klagte die Gemeinde nach § 86 UrhG.

Nach Ansicht des OGH war die Gemeinde (abgesehen von ihrer Berechtigung zur Weitergabe) bloße Gehilfin einer allenfalls beim Bauunternehmen eingetretenen Bereicherung. Sie habe selbst aber keinen Nutzen aus der Weitergabe der Pläne gezogen und könne daher auch nicht als Bereicherungsschuldnerin haften. Personen, »die selbst nicht in ein fremdes Recht oder Rechtsgut eingreifen, sondern nur den Eingriff eines anderen veranlassen oder unterstützen, sind nicht Schuldner des Verwendungsanspruchs. [Die] Vermögensverschiebung findet in einem solchen Fall zwischen dem Berechtigten und jener Person statt, die tatsächlich die Eingriffshandlung setzt und daraus einen Nutzen zieht. Bei bloßen Anstiftern und Gehilfen tritt demgegenüber kein Vermögenszuwachs ein, der rückgängig zu machen wäre.« Daher sollen Anstifter oder Gehilfen, »die die anspruchsbegründende

582 OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (Walter).

Nutzungshandlung nicht selbst gesetzt haben und dadurch auch nicht bereichert sind«, nicht solidarisch mit dem tatsächlich Bereicherten haften.

2. Sockelplatten⁵⁸³

Die Sockelplatten-Entscheidung betraf die Frage, wann jemand als Gehilfe für einen Schadenersatzanspruch aus einer Patentverletzung einzustehen hat. Ihr lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

A hat ein Patent an einem Verfahren zur Herstellung eines Gebissmodells. Bei diesem Verfahren wird eine bestimmte Sockelplatte verwendet. Diese ist als bloßes Hilfsmittel des Verfahrens nicht vom Schutz des Verfahrenspatents erfasst und auch nicht Gegenstand eines Sachpatents. B stellte dieselben Sockelplatten her und vertrieb sie. Einer seiner Abnehmer verwendete sie zur Anwendung des für A geschützten Patentverfahrens, womit er in rechtswidriger Weise in das Verfahrenspatent eingriff. A klagte B auf Unterlassung, Rechnungslegung, Zahlung eines angemessenen Entgelts und Schadenersatz. Ob der B von der Patentverletzung seines Abnehmers wusste, konnte nicht festgestellt werden.

Der OGH entschied, dass derjenige, der Hilfsmittel zur Ausübung eines geschützten Verfahrens herstellt, sie anbietet und in Verkehr bringt, dadurch noch nicht das Verfahren »anwende« und daher noch nicht den Tatbestand der Patentverletzung erfülle. Erst im bestimmungsgemäßen Gebrauch des Hilfsmittels durch einen Dritten sei eine Anwendung des geschützten Verfahrens zu sehen. Der B habe daher nicht tatbestandsmäßig gehandelt, wohl aber einen adäquat ursächlichen Tatbeitrag für die Patentverletzung eines anderen geleistet, weshalb er als Gehilfe zu qualifizieren sei. Aus § 1301 ABGB lasse sich zwar der allgemeine Rechtsgrundsatz ableiten, dass ein Gehilfe wie der unmittelbare Täter hafte, dies allerdings nur, wenn er den Täter bewusst fördere. Der B müsse daher nur haften, sofern er von der fehlenden Befugnis seines Abnehmers zur Anwendung des Verfahrenspatents wußte, wofür der Patentrechtsinhaber die Beweislast trage. Da dieser den Beweis nicht erbrachte, wies der OGH die Klage ab.

583 OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324.

C. Problemfelder

1. Bereicherungsrechtliche Ansprüche

Die Frage, wer von mehreren Beteiligten für bereicherungsrechtliche Ansprüche einstehen muss, ist in den immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen nicht spezifisch geregelt. Auch aus § 89 UrhG, § 153 PatG oder § 53 Abs 5 MSchG ist diesbezüglich nichts herzuleiten. All diese Bestimmungen regeln nicht, wer von mehreren Beteiligten haftet, sondern setzen das Bestehen eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs gegen mehrere Personen bereits voraus und ordnen für diesen Fall eine solidarische Haftung an. Ob aber überhaupt mehrere Personen für denselben Anspruch einstehen müssen, richtet sich nach den allgemeinen Wertungen des § 1041 ABGB einerseits, und den spezifischen Wertungen der immaterialgüterrechtlichen Bereicherungsansprüche auf angemessenes Entgelt andererseits.⁵⁸⁴

Die Vorschriften der §§ 1301 f ABGB über die Mittäterschaft sind für bereicherungsrechtliche Ansprüche hingegen nicht einschlägig. Diese Bestimmungen zielen als schadenersatzrechtliche Regelungen darauf ab, einen Schaden des Anspruchsberechtigten auszugleichen, während es bei der Bereicherung darum geht, wer in welchem Ausmaß eine rechtsgrundlose Vermögensverschiebung vergüten soll. Die Frage, gegen wen ein Bereicherungsanspruch bei Mehrpersonenverhältnissen besteht, hängt daher davon ab, ob und wie diese Personen an der Eingriffshandlung beteiligt und/oder durch den Eingriff ungerechtfertigt bereichert sind. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.⁵⁸⁵

Nach der allgemeinen Regelung des § 1041 ABGB ist Schuldner des Verwendungsanspruchs derjenige, der den unberechtigten Nutzen gezogen hat.⁵⁸⁶ Gegen mehrere Personen richtet sich der Verwendungsanspruch, sobald jede von ihnen unberechtigt Nutzen zieht.⁵⁸⁷ Der OGH bejaht eine solidarische Haftung für einen Verwendungsanspruch in Fällen, in denen mehrere Personen eine Sache gemeinsam ohne Rechtsgrund benützen und eine Aufteilung nach Benützungsperioden oder

584 Vgl auch *Thiede/Schacherreiter*, JBl 2015, 287.

585 Dazu auch *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht § 89 Anmerkung 3; *Thiede/Schacherreiter*, JBl 2015, 287.

586 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 21; OGH 4.6.2003, 9 Ob 51/03w.

587 *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 22; *Schurr* in Schwimann, ABGB Taschenkomentar² § 1041 Rz 9; *Koziol/Spitzer* in KBB² § 1041 Rz 12; OGH 4.6.2003, 9 Ob 51/03w.

Anteilen nicht möglich ist.⁵⁸⁸ In einem Fall, in dem die Gäste einer Badeanstalt die Liegenschaft eines Dritten benutzten und der Betreiber der Badeanstalt keine ausreichenden Maßnahmen traf, um eine Benützung durch seine Gäste zu verhindern, ließ der OGH den Betreiber als unredlichen Bereicherungsschuldner haften.⁵⁸⁹ Vereinfacht man den Fall dahingehend, dass ein Liegenschaftseigentümer es einem Dritten ermöglicht, die angrenzende Liegenschaft zu nutzen und dafür von diesem Dritten ein Entgelt bezieht, so gelangt man auch hier zu einer solidarischen Haftung zwischen Eigentümer und unmittelbarem Nutzer.⁵⁹⁰

Auf Basis dieser allgemeinen bereicherungsrechtlichen Regeln lässt sich auch für den immaterialgüterrechtlichen Anspruch auf angemessenes Entgelt die Passivlegitimation bestimmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dieser Anspruch eine Ersparnisbereicherung ausgleichen soll, die darin besteht, dass der Verletzer für die rechtswidrige Nutzung keine Benützungsgebühren bezahlt hat. Passiv legitimiert ist daher derjenige, der den ersparten Aufwand hätte tätigen müssen.⁵⁹¹ Derselbe Gedanke liegt § 88 Abs 1 UrhG zugrunde, wonach dann, wenn ein Eingriff nach § 86 UrhG im Betrieb eines Unternehmens von einem Bediensteten begangen wird, die Pflicht zur Zahlung des Entgelts nur den Unternehmensinhaber und nicht den Bediensteten trifft.⁵⁹² Gleiches gilt für die Parallelbestimmungen der § 152 Abs 2 PatG und § 54 Abs 2 MSchG. Auch bei sonstigen Beteiligten muss es darauf ankommen, ob sie mit eigenem wirtschaftlichen Interesse an der Verletzung teilnahmen.⁵⁹³

In diesem Sinne entschied der OGH im oben dargestellten Masterplan-Fall.⁵⁹⁴ Er argumentierte, dass Personen, »die selbst nicht in ein fremdes Recht oder Rechtsgut eingreifen, sondern nur den Eingriff eines anderen veranlassen oder unterstützen, nicht Schuldner des

588 OGH 22.6.1960, 6 Ob 199/60, Miet 7834; OGH 15.1.1992, 1 Ob 511/92, JBl 1992, 388; dazu *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 22.

589 OGH 25.9.1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250; dazu *Apathy* in Schwimann/Kodek IV⁴ § 1041 Rz 22.

590 Dazu auch *Thiede/Schacherreiter*, JBl 2015, 287.

591 *Apathy* in FS Griss 5 ff.

592 *Korn* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 88 Rz 9, 28; OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156 (*Walter*); vgl auch *Dillenz*, Materialien zum UrhG 178: »Daher trifft ihn *allein* die Pflicht, dem Verletzten ein angemessenes Entgelt zu bezahlen.« (Hervorhebung durch die Autorin).

593 *Apathy* in FS Griss 7.

594 OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*).

Verwendungsanspruchs [sind]. Denn die Vermögensverschiebung findet in einem solchen Fall zwischen dem Berechtigten und jener Person statt, die tatsächlich die Eingriffshandlung setzt und daraus einen Nutzen zieht. Bei bloßen Anstiftern und Gehilfen tritt demgegenüber kein Vermögenszuwachs ein, der rückgängig zu machen wäre.«⁵⁹⁵ In seiner Entscheidungsanmerkung schränkt *Walter* diese dem Wortlaut nach zu weit gefasste Schlussfolgerung auf Fälle ein, in denen Anstifter und Gehilfen weder eine Eingriffshandlung setzen, noch einen Nutzen aus der Eingriffshandlung ziehen. Eine solidarische Haftung ist nach seiner Auffassung etwa in jenem hypothetischen Fall anzunehmen, in dem eine Werbeagentur rechtswidrig ein Lichtbild an eine Zeitung zum Abdruck weiterreicht. Diese Wertung dürfte ohnehin der Ansicht des OGH entsprechen, auch wenn der Wortlaut der zitierten Passage diesen Fall aus der Haftung ausschließt. Denn der OGH hält im selben Urteil fest, jene Anstifter oder Gehilfen, »die die anspruchsbegründende Nutzungshandlung nicht selbst gesetzt haben und dadurch auch nicht bereichert sind«, müssten nicht solidarisch mit dem tatsächlich Bereicherten haften. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass sie, soweit sie (im eigenen wirtschaftlichen Interesse) eine Eingriffshandlung setzen oder daraus Nutzen ziehen, sehr wohl einer solidarischen Haftung unterliegen.⁵⁹⁶

2. Schadenersatzrechtliche Ansprüche

Auch wenn derselbe schadenersatzrechtliche Anspruch gegen mehrere Personen besteht, tritt nach § 89 UrhG, § 153 PatG sowie § 53 Abs 5 MSchG Solidarhaftung ein. Dies gilt zum Beispiel für die Unternehmerhaftung, falls neben dem Unternehmer auch der Bedienstete oder Beauftragte haftet. Darüber hinaus gelten die genannten Bestimmungen für alle Fälle, in denen mehrere Täter an der Verletzung beteiligt sind. Da § 89 UrhG, § 153 PatG sowie § 53 Abs 5 MSchG bestehende Ansprüche voraussetzen und nicht neue Ansprüche begründen, enthalten sie keine

595 *Guggenbichler* in Kucsko/Handig, urheber.recht² § 86 Rz 14; *Guggenbichler* in Ciresa, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ zu § 86 Rz 12.

596 Zum selben Schluss gelangt *Apathy* in FS Griss 4. Vgl auch OGH 31.8.2010, 4 Ob 126/10y, MR 2011, 142 (*Walter*), wo der OGH argumentiert, dass der Anspruch nach § 86 UrhG wegen seines bereicherungsrechtlichen Charakters nur gegen jene Personen besteht, die aus dem Eingriff in Rechte des Urhebers einen Nutzen ziehen, nicht jedoch gegen Anstifter und Gehilfen (die keinen Nutzen ziehen).

Maßstäbe, nach denen sich bei mehreren Tätern die Passivlegitimation bestimmen ließe. Auch sonst finden sich dafür in den immaterialgüterrechtlichen Sondergesetzen keine Bestimmungen. Es gelten somit die allgemeinen, aus § 1301 ABGB ableitbaren Grundsätze für die Haftung mehrerer Täter.⁵⁹⁷ Diese allgemeinen Grundsätze lassen sich für Immaterialgüterrechtsverletzungen folgendermaßen konkretisieren:

Als unmittelbarer Mittäter haftet derjenige, der tatbestandsmäßig handelt.⁵⁹⁸ Dies betrifft etwa ein den Vertrieb für ein Nachrichtenmagazin durchführendes Unternehmen, falls dieses Nachrichtenmagazin mit einer Bildnisveröffentlichung gegen § 78 UrhG verstößt. Durch den Vertrieb des Magazins »verbreitet« das Unternehmen das Lichtbild und handelt damit tatbestandsmäßig im Sinne des § 78 UrhG. Gegen das Vertriebsunternehmen kann daher ein Unterlassungsanspruch geltend gemacht werden.⁵⁹⁹ Bei schuldhaftem Handeln haftet das Unternehmen zudem für schadenersatzrechtliche Ansprüche. Verschulden ist aber ausgeschlossen, wenn beispielsweise das Magazin verpackt übermittelt und verbreitet wird, so dass die Vertriebsorganisation vom Inhalt gar keine Kenntnis haben kann.⁶⁰⁰ Der Gewinnherausgabeanspruch (§ 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit b PatG, § 53 MSchG Abs 2 Z 2) kann freilich nur gegen denjenigen geltend gemacht werden, der aus der Verletzung tatsächlich einen Vorteil gezogen hat.

Anderes gilt für all jene, die nicht tatbestandsmäßig eine Verletzung begehen, sondern nur einen adäquat ursächlichen Tatbeitrag zur Verletzung leisten. Dies ist zum Beispiel der Fall, sofern ein Unternehmen – wie im oben erörterten Sockelplatten-Fall – ein Hilfsmittel für ein patentgeschütztes Verfahren herstellt und vertreibt, und in der Folge einer seiner Abnehmer mit diesem Hilfsmittel ein Verfahrenspatent verletzt. Das Unternehmen handelt selbst nicht tatbestandsmäßig, leistet aber einen adäquat ursächlichen Beitrag zur Patentverletzung.⁶⁰¹ Ebenso trägt ein Vater, der seiner 17jährigen Tochter einen Computer mit

597 *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rz 511.1; OGH 18.5.1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324; OGH 19.9.1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60; *Heidinger*, ÖBl 2014, 4 (6).

598 OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156; OGH 24.4.2001, 4 Ob 81/01t – Ciclon – ÖBl 2001, 269; OGH 17.9.1996, 4 Ob 2249/96f – Nacktfotos – MR 1997, 28; OGH 24.2.2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (*Gamerith*).

599 OGH 17.9.1996, 4 Ob 2249/96f – Nacktfotos – MR 1997, 28; *Zanger*, ÖBl 1992, 1 (1 ff).

600 Vgl den ähnlichen Fall OGH 12.2.1991, 4 Ob 1/91 – Einstandsgeschenk – ÖBl 1991, 101.

601 OGH 18.5.1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324.

Internetanschluss zur Verfügung stellt, adäquat ursächlich zur Urheberrechtsverletzung bei, die seine Tochter in der Folge durch Teilnahme an einem Filesharing-System begeht.⁶⁰² Nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre haften diese Personen, die nicht tatbestandsmäßig handeln, sondern – als Gehilfen⁶⁰³ – einen sonstigen adäquat ursächlichen Tatbeitrag zu einer Verletzung leisten, nur, soweit sie den Täter bewusst fördern.⁶⁰⁴ Adäquate Verursachung allein reicht nicht aus, sondern auch der Gehilfe muss sich rechtswidrig und schuldhaft verhalten.⁶⁰⁵ Dies entspricht allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen, nach denen eine Person, die eine andere Person durch ihr Verhalten zur Schädigung eines Dritten veranlasst, diesem Dritten gegenüber regelmäßig nicht rechtswidrig handelt. Zu denken ist etwa an einen Fall, in welchem A dem B von einem unbewachten Lagerplatz erzählt, und B daraufhin auf diesem Platz einen Diebstahl begeht. Bei gezieltem Einwirken hingegen handelt auch die erste Person rechtswidrig.⁶⁰⁶

Diesen Grundsätzen entsprechend, lässt der OGH bei Immaterialgüterrechtsverletzungen denjenigen, der einen bloßen Tatbeitrag leistet, nur dann haften, soweit er rechtswidrig und schuldhaft handelt, also den Täter bewusst fördert.⁶⁰⁷ Dies setzt naturgemäß voraus, dass der Gehilfe die die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens begründenden Tatumstände kennt.⁶⁰⁸ Gibt demnach jemand ein Lichtbild an einen

602 OGH 22.1.2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (*Daum*), zu dieser Entscheidung *Heidinger*, ÖBl 2014, 4.

603 »Gehilfe« meint hier nicht einen Gehilfen im Sinne der Gehilfenhaftung nach §§ 1313 ff ABGB. Denn es geht nicht darum, für fremdes Verschulden einzustehen, sondern um die Haftung für eigenes Verschulden bei mehreren Tatbeteiligten im Sinne des § 1301 ABGB. *Gamerith*, wbl 1991, 305 (305) spricht von einem »Gehilfen nach § 1301 ABGB«.

604 OGH 24.4.2001, 4 Ob 81/01t – Ciclon – ÖBl 2001, 269; OGH 18.5.1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324; OGH 19.9.1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60; OGH 22.1.2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (*Daum*); OGH 12.2.1991, 4 Ob 1/91 – Einstandsgeschenk – ÖBl 1991, 101; *Heidinger*, ÖBl 2014, 4 (6).

605 OGH 22.1.2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (*Daum*); OGH 24.2.2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (*Gamerith*).

606 *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/57.

607 OGH 4.7.2000, 4 Ob 276/99p – Disques Duchesse III – ÖBl 2001, 186; OGH 19.9.1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60; OGH 11.7.1995, 4 Ob 57/95 – Leiden der Wärter – MR 1996, 97; OGH 22.1.2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (*Daum*); OGH 24.2.2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (*Gamerith*).

608 Ausdrücklich etwa OGH 4.7.2000, 4 Ob 276/99p – Disques Duchesse III – ÖBl 2001, 186; OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156; OGH 21.10.2014, 4 Ob 140/14p.

Dritten weiter, ohne auch nur ahnen zu können, dass dieser das Lichtbild rechtswidrig verwenden wird, so handelt er zwar für die anschließende Rechtsverletzung adäquat ursächlich, haftet aber trotzdem nicht für Schadenersatzansprüche.⁶⁰⁹ Anderes gilt, wenn er das Lichtbild gerade zum Zweck einer rechtswidrigen Veröffentlichung weitergibt. In diesem Fall haftet er für die aus der Veröffentlichung resultierenden Schadenersatzansprüche als Gehilfe.⁶¹⁰

Der Kenntnis der die Rechtswidrigkeit begründenden Tatumstände ist die vorwerfbare Unkenntnis gleichzuhalten. Die Vorwerfbarkeit ist gegeben, soweit eine Prüfpflicht besteht und diese verletzt wurde.⁶¹¹ Allerdings begründen nur grobe und auffallende Verstöße gegen eine Prüfpflicht eine Haftung.⁶¹² Beispielsweise ist ein Verpackungshersteller, den ein Produktionsunternehmen mit der Herstellung von mit dem Kennzeichen eines Dritten versehenen Verpackungen beauftragt, allgemein nicht verpflichtet, beim Dritten die Rechtmäßigkeit der Kennzeichennutzung zu prüfen.⁶¹³

Wie der OGH in der Sockelplatten-Entscheidung⁶¹⁴ darlegt, wurden diese Grundsätze für die Haftung von Gehilfen primär im Wettbewerbsrecht entwickelt.⁶¹⁵ Sie basieren allerdings auf der allgemeinen Regelung des § 1301 ABGB und gelten auch im Immaterialgüterrecht.⁶¹⁶ Für eine Erweiterung der Teilnahmehaftung im Sinne der deutschen »mittelbaren Patentverletzung« lassen sie keinen Raum.⁶¹⁷

609 OGH 19. 9. 1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60.

610 Vgl Walter, Glosse zu OGH 19. 9. 1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60.

611 OGH 24. 4. 2001, 4 Ob 81/01t – Ciclon – ÖBl 2001, 269; OGH 22. 1. 2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (Daum); OGH 24. 2. 2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (Gamerith); OGH 29. 1. 2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156; OGH 21. 10. 2014, 4 Ob 140/14p; ebenso zum Wettbewerbsrecht mit zahlreichen weiteren Nachweisen OGH 5. 10. 2010, 4 Ob 159/10a – Camelbase II.

612 OGH 22. 1. 2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (Daum); OGH 24. 2. 2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (Gamerith).

613 OGH 24. 2. 2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (Gamerith).

614 OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324.

615 Vgl statt vieler OGH 12. 2. 1991, 4 Ob 1/91 – Einstandsgeschenk – ÖBl 1991, 101 und OGH 5. 10. 2010, 4 Ob 159/10a – Camelbase II, beide mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

616 Zum Gleichlauf von Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht ausdrücklich OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 221/03h – Weinatlas – MR 2004, 117.

617 OGH 18. 5. 1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324; OGH 19. 9. 1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60; Gamerith, wbl 1991, 305 (307).

3. Solidarische Haftung

Wenn mehrere Personen als unmittelbare Täter, Gehilfen oder Anstifter für denselben Anspruch haften, tritt nach § 89 UrhG, § 153 PatG und § 53 Abs 5 MSchG solidarische Haftung ein. Dasselbe gilt für andere Fälle, in denen derselbe Anspruch gegen mehrere Personen besteht, beispielsweise gegen den unmittelbaren Verletzer und den verantwortlichen Unternehmer,⁶¹⁸ oder gegen den Gehilfen und den Geschäftsherrn (§ 1315 ABGB).

Nach den Materialien⁶¹⁹ und der herrschenden Lehre geht diese solidarische Haftung über § 1302 ABGB hinaus und gilt bei leichter Fahrlässigkeit selbst dann, wenn die vom Einzelnen wirklich verursachten Schadensteile bestimmbar wären.⁶²⁰ So finden sich in den Materialien zum UrhG explizite Hinweise, wonach § 89 UrhG darauf abziele, die jeweiligen Personen nicht nur in den in §§ 1301f ABGB bestimmten Fällen, sondern stets solidarisch haften zu lassen.⁶²¹ Diese Abweichung von den allgemeinen Regelungen ist meines Erachtens sachlich nicht gerechtfertigt.⁶²²

D. Zwischenresümee

Soweit an einer Verletzung von Immaterialgüterrechten mehrere Personen beteiligt sind, enthalten die immaterialgüterrechtlichen Sondergesetze keine spezifischen Vorschriften, nach denen die Passivlegitimation bestimmt werden könnte. § 89 UrhG, § 153 PatG und § 53 Abs 5 MSchG sehen lediglich den Eintritt solidarischer Haftung vor, sofern mehrere Personen für einen Bereicherungs- oder Schadenersatzanspruch haften. Diese Bestimmungen begründen indes keinen Anspruch gegen mehrere Personen, sondern setzen einen solchen vielmehr voraus. Die Passivlegitimation bei mehreren Beteiligten ist daher nach

618 § 88 UrhG, § 152 Abs 3 PatG, § 54 Abs 3 MSchG.

619 *Dillenz*, Materialien zum UrhG, 179.

620 *Korn* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 89 Rz 4; *Dillenz/Gutman*, *UrhG & VerwGesG²* § 89 Rz 1; *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 70; *Guggenbichler* in *Kucsko/Schumacher*, marken.schutz § 53 Rz 70.

621 *Korn* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht² § 89 Rz 4f; ErläutRV 1936 zu § 89, abgedruckt bei *Dillenz*, Materialien zum UrhG 179.

622 Ablehnend daher auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II² 240.

allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten immaterialgüterrechtlicher Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche zu bestimmen. Es gilt Folgendes:

Für Bereicherungsansprüche haftet grundsätzlich nur derjenige, der aus einem Eingriff bereichert wurde. Es ist nicht erforderlich, dass diese Person selbst in ein fremdes Rechtsgut eingriff. Beim immaterialgüterrechtlichen Anspruch auf angemessenes Entgelt kommt es dementsprechend darauf an, wer sich die Benützungsgebühren erspart hat. Neben dieser Person haften nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen Anstifter und Gehilfen nur, wenn sie entweder an der rechtswidrigen Nutzung ein eigenes wirtschaftliches Interesse haben oder daraus einen Nutzen ziehen.

Bei Schadenersatzansprüchen ist unmittelbarer Täter, wer tatbestandsmäßig handelt, also etwa ein Lichtbild veröffentlicht, ein patentiertes Verfahren anwendet etc. Wer hingegen einen sonstigen adäquat ursächlichen Tatbeitrag leistet (etwa indem er ein Hilfsmittel für die Anwendung des geschützten Verfahrens herstellt), haftet für Schadenersatzansprüche lediglich, sofern er den unmittelbaren Täter bewusst fördert. Er muss zumindest von der Verletzung wissen oder schuldhaft eine Prüfpflicht verletzt haben.

Soweit nach diesen Prinzipien oder aufgrund anderer Rechtsgrundlagen (etwa aufgrund von Gehilfen- oder Unternehmerhaftung) mehrere Personen für denselben bereicherungs- oder schadenersatzrechtlichen Anspruch haften, tritt nach § 89 UrhG, § 153 PatG und § 53 Abs 5 MSchG Solidarhaftung ein.

□

VII. Gesamtresümee

Ziel der vorliegenden Schrift war es, die immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen über Bereicherung und Schadenersatz in ihrem Verhältnis zum allgemeinen Bereicherungs- und Schadenersatzrecht zu untersuchen. Getragen war dieses Unterfangen von der Überzeugung, dass das Sonderprivatrecht mit dem allgemeinen Zivilrecht in Einklang stehen soll. Eine (vielleicht nur scheinbare) Inkohärenz sollte aber nicht als Bedrohung, sondern primär als Chance verstanden werden. Eine solche Inkohärenz kann auf ein allgemeines Problem hinweisen, das im Sonderprivatrecht nur deutlicher zu Tage tritt, eigentlich aber nach einer allgemein zivilrechtlichen Lösung verlangt. Finden sich daher im Verhältnis zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Privatrecht Widersprüche, so können diese auch Anstoß zur Weiterentwicklung (*lege lata* und/oder *lege ferenda*) des allgemeinen Privatrechts sein.

A. Die untersuchten Ansprüche

Auf Basis dieser These wurden die geldwerten Ansprüche, welche das UrhG, PatG und MSchG für die Verletzung von Immaterialgüterrechten gewähren, aus zivilrechtlicher Perspektive analysiert. Die untersuchten Ansprüche lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Zunächst hat jeder, dessen Immaterialgüterrecht unbefugt benutzt wurde, gegen den rechtswidrigen Nutzer einen Anspruch auf ein angemessenes Benützungsentgelt (§ 86 UrhG, § 150 Abs 1 PatG, § 53 Abs 1 MSchG). Hierbei handelt es sich um einen Verwendungsanspruch im Sinne des § 1041 ABGB, der die ersparten Nutzungsgebühren vergütet. In Übereinstimmung mit allgemeinen bereicherungsrechtlichen Prinzipien setzt der Anspruch auf angemessenes Entgelt weder einen Schaden des Verletzten noch ein Verschulden des Verletzers voraus. Allgemeine bereicherungsrechtliche Wertungen bestimmen auch seine Auslegung und Anwendung. Allerdings unterscheidet sich der immaterialgüterrechtliche vom allgemeinen Verwendungsanspruch hinsichtlich der An-

spruchshöhe. Denn die immaterialgüterrechtlichen Normen gewähren dem Verletzten einen Anspruch auf angemessenes Entgelt, unabhängig vom subjektiven Nutzen des Verletzers. Nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Vorschriften hingegen kann sich der redliche Bereicherungsschuldner auf einen niedrigeren subjektiven Nutzen berufen. Der Anspruch auf Bezahlung eines angemessenen Entgelts hat große praktische Bedeutung, weil bei Immaterialgüterrechtsverletzungen der Verletzte häufig keinen (nachweisbaren) oder nur einen geringen Schaden erleidet. Es bleibt ihm daher nur der Bereicherungsanspruch.

Aus demselben Grund ist auch der Anspruch auf Pauschalersatz praktisch höchst relevant. So kann derjenige, in dessen Immaterialgüterrecht schuldhaft eingegriffen wurde, nicht nur Ersatz für den tatsächlichen Vermögensschaden, sondern auch einen pauschalen Ersatzanspruch in der Höhe der doppelten Benützungsgebühr geltend machen (§ 87 Abs 1 und 3 UrhG, § 150 Abs 2 und 3 PatG, § 53 Abs 2 und 3 MSchG). Der Pauschalersatz steht ihm unabhängig davon zu, ob er einen Schaden erleidet. Dies gilt selbst dann, wenn feststeht, dass kein Schaden eingetreten ist; das bloße Vorhandensein der schuldhaften Eingriffshandlung genügt. Neben dem Anspruch auf Pauschalersatz ist der Anspruch auf Ersatz des tatsächlichen Vermögensschadens lediglich in solchen Fällen von praktischer Bedeutung, in denen er den Pauschalersatz übersteigt oder in denen der Pauschalersatz nicht zur Anwendung gelangt, wie etwa bei der Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten oder des Rechts am eigenen Bild. Der Ersatz des tatsächlichen Vermögensschadens folgt weitgehend den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen, umfasst allerdings (anders als §§ 1323, 1324 ABGB) schon bei leichter Fahrlässigkeit auch den entgangenen Gewinn.

Vom entgangenen Gewinn des Verletzten ist jener Gewinn zu unterscheiden, den der Verletzer aus dem Eingriff zieht. Bei einem rechtswidrigen und schuldhaften Eingriff kann der Verletzte die Herausgabe dieses Gewinns verlangen (§ 87 Abs 4 UrhG, § 150 Abs 2 lit b PatG, § 53 Abs 2 Z 2 MSchG). Dieser Anspruch lässt sich kaum in die Dogmatik von Schadenersatz und Bereicherung einordnen, weil er einerseits (wie das Bereicherungsrecht) an einen beim Verletzer eingetretenen Vorteil anknüpft, andererseits aber Verschulden voraussetzt und zudem seiner systematischen Stellung nach zu den schadenersatzrechtlichen Ansprüchen zu gehören scheint.

Des Weiteren ist der Ersatz ideeller Schäden im Immaterialgüterrecht besonders geregelt (§ 87 Abs 2 UrhG, § 150 Abs 4 PatG, § 53 Abs 4

MSchG). Für den Anspruch genügt bereits leichte Fahrlässigkeit, allerdings muss die Ersatzfähigkeit in den »besonderen Umständen« des Schadensfalls begründet sein. Der OGH versteht diese Voraussetzung im Sinne einer besonderen Kränkung, die über den üblichen, mit jeder Immaterialgüterrechtsverletzung verbundenen Ärger hinausgeht.

Unter bestimmten Voraussetzungen haftet der Unternehmensinhaber für Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche, wenn die maßgebliche Verletzung von einem Bediensteten oder Beauftragten im Betrieb seines Unternehmens begangen wurde (§ 88 UrhG, § 152 PatG und § 54 MSchG). Die Unternehmerhaftung erfasst solche Verletzungen, die funktionell dem Unternehmensbetrieb zuzuordnen sind, also im Zuge einer dem Unternehmenszweck dienenden Tätigkeit stattfinden. Für schadenersatzrechtliche Ansprüche haftet der Unternehmer nur bei eigenem Verschulden; seine Haftung tritt neben die Haftung nach §§ 1301, 1313a, 1315 ABGB. Für bereicherungsrechtliche Ansprüche haftet der Unternehmer nach PatG und MSchG nicht, sofern er keinen Vorteil aus der Verletzung zog und auch nichts von der Verletzung wusste. Dies ist – in Übereinstimmung mit allgemeinen bereicherungsrechtlichen Wertungen – dahingehend zu verstehen, dass sich der redliche Unternehmer darauf berufen kann, sein subjektiver Nutzen sei geringer als die objektive Bereicherung (gegebenenfalls sogar gleich null).

Sind bei Immaterialgüterrechtsverletzungen mehrere Personen beteiligt, ist die Passivlegitimation mangels besonderer immaterialgüterrechtlicher Regelungen nach allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien zu bestimmen. Für Bereicherungsansprüche haftet demnach nur der aus einem Eingriff Bereicherte, wobei dieser nicht unbedingt selbst in ein fremdes Rechtsgut eingegriffen haben muss. Beim immaterialgüterrechtlichen Anspruch auf angemessenes Entgelt kommt es somit darauf an, wer sich die Benützungsgebühren erspart hat. Neben dieser Person haften Anstifter und Gehilfen nur, soweit sie an der rechtswidrigen Nutzung ein eigenes wirtschaftliches Interesse haben oder daraus einen Nutzen ziehen. Bei Schadenersatzansprüchen ist derjenige unmittelbarer Täter, der tatbestandsmäßig handelt, also etwa selbst ein patentiertes Verfahren anwendet. Wer hingegen bloß einen sonstigen adäquat ursächlichen Tatbeitrag leistet (beispielsweise indem er ein Hilfsmittel für die Anwendung des geschützten Verfahrens herstellt), haftet lediglich in Fällen, in denen er den unmittelbaren Täter bewusst fördert. Er muss zumindest von der Verletzung wissen oder schuldhaft eine Prüfpflicht verletzt haben. Soweit nach diesen Prinzipien oder aufgrund anderer

Rechtsgrundlagen (etwa aufgrund von Gehilfen- oder Unternehmerhaftung) mehrere Personen für denselben bereicherungs- oder schadenersatzrechtlichen Anspruch haften, tritt gemäß § 89 UrhG, § 153 PatG oder auch § 53 Abs 5 MSchG Solidarhaftung ein.

B. Sonderprivatrecht und Systemkohärenz

Das Schrifttum der letzten Jahrzehnte zu den bereicherungs- und schadenersatzrechtlichen Bestimmungen im Immaterialgüterrecht zeigt folgende Dynamik: Zunächst provozierten sie aufgrund ihrer Abweichungen vom allgemeinen Privatrecht unter Vertretern des Zivilrechts Skepsis und Kritik. Dies gilt vor allem für den Pauschalersatz und die Gewinnherausgabe. Es wurde die Frage aufgeworfen, was denn das für ein Schadenersatzanspruch sein sollte, der unabhängig von einem Schaden zusteht, und wie die Gewinnherausgabe dogmatisch zu verstehen sein sollte, die einerseits wie ein Bereicherungsanspruch an einen Vorteil des Verletzers anknüpft, andererseits aber wie ein Schadenersatzanspruch ein Verschulden voraussetzt.

Dem zivilrechtlichen Vorwurf der Systemwidrigkeit begegneten Vertreter des Immaterialgüterrechts mit zwei Argumenten: Zum einen würden die spezifischen Eigenschaften der Immaterialgüterrechte vom allgemeinen Zivilrecht abweichende Regelungen nicht nur rechtfertigen, sondern geradezu erfordern. Zum anderen würden diese Regelungen den Bedürfnissen der Praxis entsprechen. Das erste Argument blieb auf halbem Wege stehen, weil letztlich wenig Bemühen an den Tag gelegt wurde, um im Einzelnen nachzuweisen, dass die vorgeblichen Eigenheiten der Immaterialgüterrechte durch allgemeine zivilrechtliche und zivilprozessrechtliche Vorschriften nicht ausreichend berücksichtigt werden könnten. Das zweite Argument basiert auf einer reinen Praktikabilitätsabwägung, die sich nicht gegen den Vorwurf der Systemwidrigkeit selbst richtet. Bloß weil eine Regelung den praktischen Bedürfnissen der Immaterialgüterrechtshaber entspricht, ist sie naturgemäß längst noch nicht systemkonform. Aber darum ging es jenen, die dieses Argument ins Feld führten, wohl gar nicht. Sie wollten vielmehr den Vorrang pragmatischer Überlegungen gegenüber dem Anliegen der Systemkohärenz zum Ausdruck bringen.

Der österreichische Diskurs beschränkte sich zunächst weitgehend auf die nationale Rechtslage. In diesem Kontext begegneten Zivilrechts-

dogmatik und immaterialgüterrechtliche Lehre einander mit unveröhnlichen Standpunkten. Doch dann änderte die Zivilrechtsdogmatik – in Auseinandersetzung mit der deutschen Literatur – ihren Zugang und versuchte, die Sonderregeln mit allgemeinen Prinzipien in Einklang zu bringen.

Vorliegende Schrift analysierte diesen Diskurs, führte ihn fort, und zeigte, wie sonderprivatrechtliche Normen, die dem allgemeinen Zivilrecht auf den ersten Blick widersprechen, für die Weiterentwicklung des allgemeinen Zivilrechts genutzt werden können. Der Widerspruch wird dabei nicht primär als Bedrohung für das Gesamtsystem, sondern im Gegenteil als Chance zur systemkohärenten Rechtsfortbildung betrachtet.

Dieser Ansatz hält einerseits am Anspruch auf Wertungs- und Systemkohärenz fest, nimmt aber andererseits die spezifisch sonderprivatrechtliche (immaterialgüterrechtliche) Problemsicht ernst und geht dem Problem, aus dem das Bedürfnis nach der Sonderregel entstand, auf den Grund. Ziel dieses Ansatzes ist allerdings nicht, für dieses Problem innerhalb des Sonderprivatrechts eine passende Lösung zu entwickeln, sondern zu prüfen, ob sich die spezifische Problemlage verallgemeinern lässt. So zeigt etwa die Analyse des pauschalen Schadenersatzes, dass sich das Problem, auf das man mit diesem Anspruch im Immaterialgüterrecht reagiert hat, durchaus auch im allgemeinen Zivilrecht stellt. Es handelt sich also nicht um ein rein immaterialgüterrechtliches Problem, sondern das Immaterialgüterrecht lässt es nur besonders deutlich zu Tage treten. Hat man das der Sonderregel zugrundeliegende Problem generalisiert, ist schließlich die Frage zu beantworten, welche Lösungen das allgemeine Zivilrecht anbietet und ob die jeweilige Sonderregel auf eine allgemeine zivilrechtliche Basis gestellt werden kann.

Lässt sich die Frage bejahen, so ist zweierlei gewonnen: Zum einen ist die Sonderregel mit dem allgemeinen Zivilrecht in Einklang gebracht, zum anderen ist eine über den immaterialgüterrechtlichen Kontext hinausgehende allgemeine Regelung für spezifische Probleme formuliert, die sich insbesondere, aber eben nicht nur, im Immaterialgüterrecht stellen. Die Sonderregel, mag sie auch ursprünglich aus einer isolierten Problemsicht des jeweiligen Sonderrechtsgebietes heraus entstanden sein, wird so zum Anstoß für die Weiterentwicklung des allgemeinen Zivilrechts.

Muss die Frage hingegen verneint werden, so sollte die Sonderregel entsprechend adaptiert werden. Ob dies lege lata oder nur lege ferenda

möglich ist, hängt davon ab, welche Interpretation noch mit dem Wortlaut der jeweils einschlägigen Regelungen in Einklang gebracht werden kann.

Diese Art des Umgangs mit dem Verhältnis zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht dient letztlich dem von *F. Bydliniski* formulierten Ziel, alles Sonderprivatrecht in der allgemeinen Zivilrechtswissenschaft aufzulösen. Dieser Ansatz sieht im Sonderprivatrecht aber keine Bedrohung für die Gesamtkohärenz, sondern im Gegenteil eine Chance, das Gesamtsystem näher auszdifferenzieren. Wie dieser Umgang mit dem Sonderprivatrecht konkret funktioniert, lässt sich im Immaterialgüterrecht anhand des Pauschalersatzes, der Gewinnherausgabe und des ideellen Schadens veranschaulichen:

Der Pauschalersatz mag zunächst deswegen problematisch erscheinen, weil er – jedenfalls auf den ersten Blick – der Ausgleichsfunktion des Schadenersatzrechts widerspricht. Gemäß dem Ausgleichsgedanken nämlich hat ein Schadenersatzanspruch, wie der Name schon sagt, die Funktion, einen beim Geschädigten eingetretenen Schaden zu ersetzen. Der Pauschalanspruch ist hingegen unabhängig vom Eintritt eines Schadens einschlägig. Daher mag es naheliegend sein, ihm Strafcharakter beizulegen. Es wird also angenommen, er zielt nicht auf den Ausgleich eines Schadens ab, sondern darauf, den Verletzer zu bestrafen und andere von der Verletzung abzuhalten. Mit dem österreichischen Schadenersatzrecht ist ein solcher Strafschaden aber nicht vereinbar. Auf Grundlage dieser Überlegungen kann der Pauschalersatz daher nur als systemwidrig kritisiert werden.

Im Immaterialgüterrecht wurde diesem Vorwurf immer entgegen gehalten, der Pauschalersatz habe sich in der Praxis bewährt und lasse sich rechtfertigen, weil der Schadensnachweis im Immaterialgüterrecht besonders schwierig sei, Verletzungen häufig keinen Schaden im Sinne der Differenzrechnung auslösen würden und Immaterialgüterrechte besonders verletzlich seien. Der angebliche Strafcharakter des Pauschalersatzes blieb somit zunächst unumstritten und die Auseinandersetzung beschränkte sich auf die Frage, ob ein Strafschaden im Immaterialgüterrecht – entgegen allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundprinzipien – ausnahmsweise zulässig sein soll.

Diese Frontstellung ist wenig fruchtbar. Bei näherer Analyse des immaterialgüterrechtlichen Arguments, wonach der Pauschalersatz wegen der besonderen Verletzlichkeit und der besonderen Verletzungsfolgen sachgemäß sei, wird schnell deutlich, dass aufgrund der dahinter liegenden Problematik der Pauschalersatz gar nicht unbedingt als Straf-

schaden qualifiziert werden muss, sondern vielmehr auch als »echter« Ausgleich für Überwachungs- Schutz- und Verfolgungsmaßnahmen verstanden werden kann. Zwar sind Überwachungskosten vom Schädiger mangels Kausalität grundsätzlich nicht zu ersetzen, soweit es sich nicht um konkrete, nach Tatbegehung anfallende Verfolgungsmaßnahmen handelt. In bestimmten Fällen, die gerade (aber nicht nur!) im Immaterialgüterrecht eintreten, ist es aber im Einklang mit schadenersatzrechtlichen Grundsätzen vertretbar, von dieser Unterscheidung zwischen allgemeinen Vorsorgekosten und konkreten Tatverfolgungskosten abzugehen. Es handelt sich hierbei um jene Fälle, in denen Verletzungen typischerweise massenhaft auftreten und jener Apparat, der notwendig ist, um festzustellen, ob überhaupt eine Verletzung vorliegt, gleichzeitig die Identität des konkreten Verletzers bestimmt. Hier decken sich die allgemeinen Vorsorge- mit den konkreten Verfolgungskosten, weshalb die (anteilige) Überwälzung des Aufwandes für die Überwachung auf den konkreten Verletzer gerechtfertigt erscheint.

Damit wird nicht nur der Pauschalersatz mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht in Einklang gebracht, sondern die anfänglich unterstellte Systemwidrigkeit wurde zudem Anstoß dafür, das hinter dem Pauschalersatz stehende Grundproblem als allgemeines – nicht auf das Immaterialgüterrecht beschränktes – Problem neu zu formulieren, um auf dem Boden allgemeiner schadenersatzrechtlicher Wertungen eine allgemeine Lösung zu entwickeln.

Auf ähnliche Art und Weise lässt sich die schon bei leichter Fahrlässigkeit eintretende Haftung für den entgangenen Gewinn mit dem allgemeinen Zivilrecht in Einklang bringen und darüber hinaus zum Ausgangspunkt dafür nehmen, eine allgemeine zivilrechtliche Regelung zu formulieren. Diese allgemeine Regelung besagt, entgangener Gewinn sei schon bei leichter Fahrlässigkeit zu gewähren, sofern der Geschädigte ganz besonders auf den entgangenen Gewinn angewiesen oder der entgangene Gewinn für eine bestimmte Rechtsverletzung geradezu typisch sei (insbesondere, wenn diese Verletzung kaum einen positiven Schaden nach sich zieht), soweit der Schädiger mit der weitergehenden Haftung rechnen muss.

Man erreicht auf diesem Wege nicht nur eine Harmonisierung des immaterialgüterrechtlichen Pauschalersatzes und der weitergehenden Haftung für den entgangenen Gewinn mit dem Gesamtsystem, sondern auch eine Verfeinerung und Ausdifferenzierung des Gesamtsystems selbst.

Ähnlich wie der Pauschalersatz ist die Gewinnabschöpfung im österreichischen Zivilrecht dem ersten Anschein nach ein Fremdkörper. Einerseits richtet sie sich auf die Herausgabe eines beim Verletzer eingetretenen Vermögensvorteils, weshalb sie von der Rechtsfolge her einem bereicherungsrechtlichen Anspruch ähnelt. Andererseits setzt die Gewinnabschöpfung ein Verschulden voraus, was wiederum dem Bereicherungsrecht fremd ist. Zudem spricht auch ihre systematische Stellung eher dafür, sie als schadenersatzrechtlichen Anspruch zu bewerten.

Eine Verallgemeinerung der hinter der Gewinnabschöpfung stehenden Problemlage zeigt aber, dass sie auf Situationen zugeschnitten ist, für die weder Bereicherungsrecht noch Schadenersatzrecht eine Lösung anbieten. Es geht um Fälle, in denen ein rechtswidriger Eingriff keinen (nachweisbaren) Schaden auslöst, wohl aber beim Eingreifenden zu Gewinnen führt, die allerdings mithilfe des Bereicherungsrechts nicht abgeschöpft werden können, weil sie nicht vom Zuweisungsgehalt des verletzten Rechtsguts erfasst sind. Ein Paradebeispiel ist der vom deutschen BGH entschiedene Fall der Caroline von Monaco. Diesem Fall lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine Zeitschrift griff in das Recht auf Privatsphäre der Prinzessin ein, indem sie ein erfundenes Interview veröffentlichte. Sie erzielte durch den Verkauf der einschlägigen Ausgaben einen großen Verkaufsgewinn, mit dem auf Seiten der Prinzessin aber kein Vermögensschaden korrespondierte. Der Gewinn konnte auch nicht mit einem Bereicherungsanspruch herausgefordert werden, weil das Recht auf Privatsphäre dem Rechtsträger nicht den Nutzen eines erfundenen Interviews zuweist. Ein solcher Gewinn liegt mithin außerhalb des Zuweisungsgehalts. In solchen Fällen soll die Gewinnabschöpfung Abhilfe schaffen. Mit der Parallele zu diesem nicht-immaterialgüterrechtlichen Fall wurde die Problematik auf die Ebene des allgemeinen Privatrechts gerückt, auf der sich nun die Frage stellt, wie sie nach allgemeinen schadenersatz- und bereicherungsrechtlichen Regeln gelöst werden kann.

Die Antwort lautet: Allgemeine schadenersatzrechtliche Prinzipien können es rechtfertigen, bei Schwierigkeiten des Schadensnachweises die Bereicherung des Schädigers als Zurechnungselement zu berücksichtigen und dem Geschädigten einen Anspruch auf Herausgabe dieser Bereicherung einzuräumen. Aufgrund der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts ist aber ein solcher Anspruch ausgeschlossen, wenn erwiesenermaßen kein Schaden eingetreten ist. Mit schadenersatzrechtlichen Prinzipien lässt sich somit nur eine Vermutungsregel vereinbaren.

In Weiterentwicklung bereicherungsrechtlicher Grundsätze lässt sich ein über den Zuweisungsgehalt hinausgehender Anspruch mit einem »relativen Zuweisungsgehalt« rechtfertigen. Beim relativen Zuweisungsgehalt wird nicht gefragt, wem der entstandene Nutzen schlechthin zugewiesen ist, sondern wem von den beiden Beteiligten (Bereicherungsschuldner oder Bereicherungsgläubiger) er eher zugewiesen werden sollte. Da diese Regel gegenüber dem allgemeinen Bereicherungsrecht den Zuweisungsgehalt erweitert, müssen auf der anderen Seite die Anspruchsvoraussetzungen restriktiver gestaltet werden. In diesem Sinne knüpfen die derzeitigen immaterialgüterrechtlichen Bestimmungen den Anspruch auf Gewinnherausgabe an ein Verschulden. Ausdifferenzierter ist *Koziols* Ansatz, der objektive Sorgfaltswidrigkeit genügen lässt und damit eine Abgrenzung der Gewinnabschöpfung zum Schadenersatzrecht aufrechterhält. Durch diese, gegenüber den derzeitigen immaterialgüterrechtlichen Regelungen nur geringfügige Änderung ließe sich die Gewinnabschöpfung mit dem allgemeinen Bereicherungs- und Schadenersatzrecht in Einklang bringen. Darüber hinaus ließe sich so auch eine über das Immaterialgüterrecht hinausgehende allgemeine Gewinnabschöpfung rechtfertigen. Diese Gewinnabschöpfung sollte indes dort ihre Grenzen finden, wo der Eingreifer den Gewinn durch erhebliche Eigenleistungen produziert hat.

Zur Beurteilung ideeller Schäden ist zunächst auf den grundlegenden Meinungsstreit zwischen Rechtsprechung und Literatur hinzuweisen. Der OGH geht davon aus, ideelle Schäden seien nur dann zu ersetzen, wenn dies ausdrücklich – etwa wie beim Schmerzensgeld nach § 1325 ABGB – im Gesetz vorgesehen sei. Ersatz für ideelle Schäden wäre demnach nur punktuell in bestimmten Einzelfällen zu gewähren. Gewichtige Teile der Lehre kritisieren, diese punktuellen Regelungen ergäben kein wertungskohärentes Gesamtsystem und nehmen daher an, §§ 1323, 1324 ABGB würden bei grober Fahrlässigkeit und Vorsatz eine allgemeine Ersatzpflicht für ideelle Schäden gewähren, sofern die Schädigung eine gewisse Erheblichkeit überschreite.

Die vergleichsweise weitgehenden immaterialgüterrechtlichen Regelungen des Ersatzes ideeller Schäden führen (nicht nur, aber umso mehr wegen der restriktiven Rechtsprechung) zu Wertungskohärenzen und unsachlichen Differenzierungen. So ist nach ABGB ein ideeller Schaden aus einer Ehrenkränkung grundsätzlich nicht zu ersetzen. Erfolgte die Ehrenkränkung aber im Wettbewerb oder in Verbindung mit der Veröffentlichung eines Lichtbilds des Gekränkten, so ist der daraus

entstehende ideelle Schaden sogar schon bei leichter Fahrlässigkeit ersatzfähig. Diese weitreichenden immaterialgüterrechtlichen Regelungen lassen sich aber auch nicht mit jener Lehrmeinung rechtfertigen, die aus §§ 1323, 1324 einen allgemeinen Ersatzanspruch ableiten will. Dieser Lehrmeinung folgend wäre grundsätzlich grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz Haftungsvoraussetzung. Es zeigt sich daher einerseits, warum das allgemeine Schadenersatzrecht (insbesondere in seiner Auslegung durch den OGH) zu restriktiv ist und wohl sogar auf Gesetzgebungsebene Handlungsbedarf besteht. Andererseits wird aber auch deutlich, warum das Immaterialgüterrecht zu weit geht.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass die Auseinandersetzung zwischen Sonderprivatrecht und allgemeinem Zivilrecht eine äußerst fruchtbare Basis zur Ausdifferenzierung und Weiterentwicklung des allgemeinen Privatrechts darstellt, solange sie von der Suche nach Wertungskohärenz bestimmt wird. Das Sonderprivatrecht ist letztlich keine Bedrohung, sondern eine Chance für eine an Wertungskohärenz orientierte Privatrechtsentwicklung.

Verzeichnisse

Literaturverzeichnis

Entscheidungsverzeichnis

Stichwortverzeichnis

Literaturverzeichnis

- ▶ *Apathy*, Der Verwendungsanspruch (§ 1041 ABGB) (1988)
- ▶ *Apathy*, Zur Passivlegitimation beim Anspruch auf angemessenes Entgelt gem § 86 Abs 1 UrhG, in Schenk/Lovrek/Musger/Neumayr, Festschrift für Irmgard Griss (2011) 1
- ▶ *Behr*, Strafschadenersatz im deutschen Recht – Wiederauferstehung eines verdrängten Phänomens, ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium 3/2010, 293
- ▶ *Bodewig/Wandtke*, Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie, GRUR 2008, 220
- ▶ *Briem*, Ist die Verletzung von Urheberpersönlichkeitsrechten ein Kavaliersdelikt? Eine dogmatische Untersuchung der Urheberpersönlichkeitsrechte und des Anspruchs auf immateriellen Schadenersatz nach § 87 Abs. 2 des österreichischen UrhG, GRURInt 1999, 936
- ▶ *Bydlinski F.*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964)
- ▶ *Bydlinski F.*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem Teil 1, JBl 1965, 173
- ▶ *Bydlinski F.*, Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem Teil 2, JBl 1965, 237
- ▶ *Bydlinski F.*, Zum Bereicherungsanspruch gegen den Unredlichen, JBl 1969, 252
- ▶ *Bydlinski F.*, Zivilrechtskodifikation und Sondergesetze, in Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Laurer/Ringhofer/Thienel, Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag (1991) 105
- ▶ *Bydlinski F.*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004) 343
- ▶ *Bydlinski F.*, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in Apathy/Bollenberger/Bydlinski P./Iro/Karner/Karollus, Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag (2010) 1355
- ▶ *Bydlinski F.*, System und Prinzipien des Privatrechts (Nachdruck 2013)
- ▶ *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in Dölle/Rheinstein/Zweigert, Festschrift für Ernst Rabel: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Band I (1954) 333

- ▶ *Canaris*, Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in Ahrens/von Bar/Fischer G./Spickhoff/Taupitz, Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag (1999) 85
- ▶ *Ciresa*, Österreichisches Urheberrecht¹⁸ (2015)
- ▶ *Däubler*, Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletzer-
gewinns – atypische Formen des Schadenersatzes, JuS 1969, 49
- ▶ *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986)
- ▶ *Dillenz/Gutman*, Praxiskommentar zum Urheberrecht. Österreichisches
Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftengesetz² (2004)
- ▶ *Dittrich*, Zum Namensnennungsrecht des Lichtbildherstellers, in
Barfuß/Torggler/Hauer/Wiltschek/Kucsko, Gedenkschrift für Fritz
Schönherr (1986) 121
- ▶ *Dreier*, Kompensation und Prävention. Rechtsfolgen unerlaubter
Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
(2002)
- ▶ *Ehrenzweig*, Die Tilgung der Beleidigung, JBl 1910, 169
- ▶ *Fasching*, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, JBl 1981, 225
- ▶ *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III² (2004)
- ▶ *Fellner*, Persönlichkeitsschutz juristischer Personen (2007)
- ▶ *Gamerith*, Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen
»Gehilfen«, wbl 1991, 305
- ▶ *Griss*, Haftung für Dritte im Wettbewerbsrecht und im allgemeinen
Zivilrecht, JBl 2005, 69
- ▶ *Gschnitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963)
- ▶ *Heidinger*, Die Reichweite der Haftung der Eltern für Urheberrechts-
verletzungen ihrer Kinder in Österreich und Deutschland. Gleichzeitig
eine rechtsvergleichende Analyse der Haftung für mittelbare
Schutzrechtsverletzungen, ÖBl 2014/2, 4
- ▶ *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem (2007)
- ▶ *Herzig/Schmid*, Zur Unternehmerhaftung nach § 18 UWG. Eine Replik
zu RdW 2014/82, RdW 2014/356, 324
- ▶ *Hiti*, Zur Drittwirkung von Marken- und Patentlizenzen, ÖBl 2003/2, 4
- ▶ *Hofmann*, Zur Auslegung des § 273 ZPO, RZ 1996, 9
- ▶ *Hoppe*, Gewinnorientierte Persönlichkeitsverletzung in der europäischen
Regenbogenpresse, ZEuP 2000, 29
- ▶ *Hoyer*, Pauschalierter Schadenersatz ohne Schaden?, eolex 1999, 387
- ▶ *Karner*, Der Ersatz ideeller Schäden bei Körperverletzung (1999)
- ▶ *Karner*, Anmerkung zu OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01v, ZVR 2001, 287
- ▶ *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht
und seine Reform (2003)

- ▶ *Kletecka*, Unberechtigte Verwendung eines Werktitels, *ecolex* 1991, 525
- ▶ *Kletecka*, Punitive damages – Der vergessene Reformpunkt?, *ÖJZ* 2008, 785
- ▶ *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Online-Format, Stand 1.8.2017)
- ▶ *Kocholl*, Punitive damages in Österreich. Über Schadensprävention und Privatstrafe im Zivilrecht (2001)
- ▶ *Koppensteiner*, Markenrecht. Österreichisches und Europäisches Wettbewerbsrecht⁴ (2012)
- ▶ *Korn*, Anmerkung zur Entscheidung »Gerhard Berger II« (MR 1996, 185), MR 1996, 240
- ▶ *Koziol*, Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in nicht entgeltfähige Güter?, in Bucher/Canaris/Honsell/Koller, Norm und Wirkung. Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus heutiger und historischer Perspektive. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag (2005) 449
- ▶ *Koziol*, Der Verwendungsanspruch bei Ausnützung fremder Kenntnisse und schöpferischer Leistungen, *JBl* 1978, 239
- ▶ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band II: Besonderer Teil ² (1984)
- ▶ *Koziol*, Zu schadenersatzrechtlichen Problemen des § 87 UrhG, in Dittrich, Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht (ÖSGRUM), 19. Band (1996) 51
- ▶ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht Band I: Allgemeiner Teil ³ (1997)
- ▶ *Koziol*, Die Bereicherung des Schädigers als schadenersatzrechtliches Zurechnungselement? Zur Auflockerung der Grenze zwischen Schadenersatz- und Bereicherungsrecht, in *Koziol/Rummel*, Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski (2002) 175
- ▶ *Koziol*, Patentverletzungen und Schadenersatz, *RdW* 2007/226, 198
- ▶ *Koziol*, Punitive Damages – A European Perspective, in *Louisiana Law Review* 68 (2008) 755
- ▶ *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010)
- ▶ *Koziol/Bollenberger/Bydlinski P.*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017)
- ▶ *Koziol/Welser*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht¹⁴ (2015)
- ▶ *Koziol/Welser-Kletecka*, Bürgerliches Recht Band I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹⁴ (2014)
- ▶ *Koziol/Wilcox*, Punitive damages: common law and civil law perspectives (2009)
- ▶ *Kraft/Steinmair* in Kraft/Steinmair, UWG – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (2014)
- ▶ *Kuckso/Schumacher*, markenschutz. Systematischer Kommentar zum Markenschutzgesetz (2013)

- ▶ *Kucska*, Geistiges Eigentum. Markenrecht, Musterrecht, Patentrecht, Urheberrecht. Eine Expedition durch den unsichtbaren Dschungel des Immaterialgüterrechts (2003)
- ▶ *Kucska/Handig*, urheber.recht² – Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz (Stand 1.4.2017)
- ▶ *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativenanlage. Zugleich eine Besprechung von OGH 4 Ob 28/10m und 9 Ob 85/09d, ÖBA 2010, 718
- ▶ *Mahr*, Der immaterielle Schaden der Juristischen Person im Wettbewerbsrecht, wbl 1994, 69
- ▶ *Mahr*, Die »rätselhafte Schadenspauschalierung« nach § 87 Abs. 3 UrhG, MR 1994, 183
- ▶ *Mahr*, Zur Anwendbarkeit des § 273 ZPO auf den richterlichen Ermessensspielraum in § 16 Abs 2 UWG, wbl 1994, 249
- ▶ *Mahr*, Der Verwendungsanspruch beim »Recht am eigenen Bild«, MR 1995, 127
- ▶ *Mahr*, Bereicherung, Schadenersatz und Herausgabe des Verletzergewinnes im Urheberrecht, in Dittrich, Österreichische Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht (ÖSGRUM), 19. Band (1996) 33
- ▶ *Mahr*, Der »besondere Ärger« als Voraussetzung einer Entschädigung nach § 87 Abs 2 UrhG, MR 1996, 9
- ▶ *Nauta*, Die Rechtsstellung des Lizenznehmers, ÖJZ 2003/22
- ▶ *Nowakowski*, Kein Verwendungsanspruch bei Eingriff in das Recht am eigenen Bild?, ÖBl 1983, 97
- ▶ *Ostheim*, Marginalien zum Ersatz entgangenen Gewinns im bürgerlichen Recht, Handelsrecht, gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, in Barfuß/Torggler/Hauer/Wiltschek/Kucska, Gedenkschrift für Fritz Schönherr (1986) 367
- ▶ *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht. Ein Beitrag zur Auslegung des § 26 ABGB (1967)
- ▶ *Peter*, Das Österreichische Urheberrecht samt den Bestimmungen über die Verwertungsgesellschaften und die zwischenstaatlichen Urheberrechtsverhältnisse Österreichs (1954)
- ▶ *Plasser*, Doppelte angemessene Lizenzgebühr auch bei Eingriffen nach § 9 UWG?, ÖBl 2010/47, 247
- ▶ *Poduschka*, »Punitive Damages« als blinder Fleck im ABGB, RechtsBlatt 2013/19/02
- ▶ *Prinz*, Geldentschädigung bei Persönlichkeitsverletzungen durch Medien, NJW 1996, 953
- ▶ *Rechberger*, Kommentar zur ZPO⁴ (2014)
- ▶ *Rehm*, Das Recht am eigenen Bild, JBl 1962, 1

- ▶ *Reischauer*, Doppelzession, Bereicherung und unechte (angewandte) Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 1393 ff, § 1041, § 1035 ff iVm § 336 ABGB), ÖJZ 1987, 257
- ▶ *Reiter*, Das EisbBFG: Strafschadenersatz, Fahrgastrechte und die neue Verwaltungsgerichtsbarkeit, wbl 2014, 71
- ▶ *Rintelen*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht nach österreichischem, deutschem und schweizerischem Recht (1958)
- ▶ *Rummel*, Zur Verbesserung des schadenersatzrechtlichen Schutzes gegen unlauteren Wettbewerb, JBl 1971, 385 (386).
- ▶ *Rummel*, ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band I⁴ (2016)
- ▶ *Rummel*, ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band II/2b³ (2004)
- ▶ *Rummel*, ABGB – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Band II/2a³ (2007)
- ▶ *Schanda*, Die Wirkung der Markenlizenz gegenüber Dritten – Eine Untersuchung zum österreichischen und deutschen Recht, GRURInt 1994, 275
- ▶ *Schanda*, Kritisches zur Aktivlegitimation des Markenlizenznehmers (Anmerkung zu ÖBl 2001, 89 – BOSS-Brillen II), ÖBl 2001, 151
- ▶ *Schauer*, Handelsrechtsreform: Die Neuerungen im Vierten und Fünften Buch, ÖJZ 2006, 64
- ▶ *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Grundriß Allgemeiner Teil (1982)
- ▶ *Schönherr/Kucsko*, Schadenersatz im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Österreichs, GRUR 1980, 282
- ▶ *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar VI³ (2006)
- ▶ *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar II⁴ (2012)
- ▶ *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014)
- ▶ *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar² (2012)
- ▶ *Seitz*, Prinz und die Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit, NJW 1996, 2848
- ▶ *Steffen*, Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien. Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung, NJW 1997, 10
- ▶ *Strasser*, Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht (1964)
- ▶ *Straube*, UGB – Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ (2011)
- ▶ *Thiede/Schacherreiter*, Aus eins mach' zwei. Zum Bereicherungsanspruch im Urheberrecht bei Verletzung des sui-generis-Schutzes von Datenbanken; zugleich eine Anmerkung zu den Entscheidungen OGH 4 Ob 17/02g, 4 Ob 11/07g und 4 Ob 133/13g, JBl 2015, 287

- ▶ *Torggler*, Der Bereicherungsanspruch beim Mißbrauch von Unternehmenskennzeichen, JBl 1971, 1
- ▶ *Torggler*, Probleme des Schadenersatzes im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Zugleich Besprechung von Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Bd II, ÖBl 1976, 57
- ▶ *Wagner E.*, Gehilfenhaftung im Deliktsbereich de lege lata und de lege ferenda, ÖJZ 2007/65
- ▶ *Wagner G.*, Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen, ZEuP 2000, 200
- ▶ *Walter*, Herstellerbezeichnung, Gegenstandsbezeichnung, und Änderungsverbot im Lichtbildrecht, MR 1994, 49
- ▶ *Walter*, Schadenersatz, angemessenes Entgelt und Verletzergewinn bei Urheberrechtsverletzungen. Eine erweiterte Entscheidungsanmerkung zu OGH 12. Oktober 1993 – »WIN« (MR 1994, 239 ff), MR 1995, 2 (2)
- ▶ *Welser*, Zur Ersetzbarkeit von Detektivkosten beim Warenhausdiebstahl, ÖJZ 1977, 645
- ▶ *Wenckstern*, Die Geschäftsanmaßung als Delikt – Eine Rück- und Neubesinnung, AcP 200 (2000) 240
- ▶ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht (1999)
- ▶ *Wernecke*, Schadenersatz und Gewinnherausgabe als Strafelemente des bürgerlichen Rechts? Das Dilemma zwischen dem Ausgleichsgedanken und der Gefahr sich lohnender Rechtsverletzungen (2005)
- ▶ *Wiebe/Kodek*, UWG online – Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb² (Stand 1.8.2017)
- ▶ *Wilburg*, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934)
- ▶ *Wilhelm*, Nachahmung banaler Werbesprüche, eolex 1991, 517
- ▶ *Zanger*, Dürfen Trafiken Medienwerke vertreiben, die Urheberrechtsverletzungen enthalten?, ÖBl 1992, 1

Entscheidungsverzeichnis

Geordnet nach Gerichten und Geschäftszahlen

- ▶ BGH 10.03.1972, I ZR 160/70 – Doppelte Tarifgebühr – GRUR 1973, 379
- ▶ BGH 15.11.1994, VI ZR 56/94 – Caroline I – NJW 1995, 861
- ▶ BGH 5.12.1995, VI 332/94 – Caroline II – NJW 1996, 984
- ▶ OGH 22.4.1925, 2 Ob 318/25, SZ 7/150
- ▶ OGH 30.8.1927, Ob I 811/27, JBl 1927, 362
- ▶ OGH 12.7.1950, 1 Ob 391/50, SZ 23/224
- ▶ OGH 11.6.1952, 1 Ob 437/52 – Otto B – SZ 25/161
- ▶ OGH 2.9.1953, 2 Ob 401/53, JBl 1954, 201
- ▶ OGH 13.7.1953, 3 Ob 417/53 – Arbeitsbauernbundkalender – SZ 26/189
- ▶ OGH 15.12.1954, 3 Ob 670/54 – Anton Wildgans – SZ 27/316
- ▶ OGH 28.12.1955, 3 Ob 602/55 – Colorbilder II – SZ 28/268
- ▶ OGH 23.11.1955, 2 Ob 623/55, JBl 1956, 180
- ▶ OGH 2.5.1956, 3 Ob 198/56, JBl 1956, 645
- ▶ OGH 23.5.1956, 2 Ob 267/56, SZ 29/43
- ▶ OGH 31.10.1956, 2 Ob 553/56, EVBl 1957/62
- ▶ OGH 14.2.1958, 3 Ob 577/57, SZ 31/23
- ▶ OGH 22.6.1960, 6 Ob 199/60, Miet 7834
- ▶ OGH 22.11.1960, 4 Ob 541/60, EvBl 1961/114
- ▶ OGH 1.12.1961, 2 Ob 476/61, JBl 1962, 444
- ▶ OGH 12.1.1967, 2 Ob 355/66, SZ 40/2
- ▶ OGH 10.11.1967, 2 Ob 292/67, SZ 40/144
- ▶ OGH 4.12.1968, 2 Ob 404/67, JBl 1969, 272
- ▶ OGH 28.1.1971, 1 Ob 279/70, EvBl 1971/307
- ▶ OGH 16.6.1971, 7 Ob 105/71, SZ 44/92
- ▶ OGH 11.5.1976, 4 Ob 369, 370/75 – smile – ÖBl 1976, 124
- ▶ OGH 12.7.1977, 4 Ob 360/77 – Pelz- und Lederland – ÖBl 1978, 43
- ▶ OGH 4.4.1978, 4 Ob 313/78 – Austriatrans III – ÖBl 1979, 23
- ▶ OGH 1.3.1979, 7 Ob 555/79, JBl 1980, 372 (*Koziol*)
- ▶ OGH 29.4.1980, 4 Ob 337/80, ÖBl 1981, 1

- ▶ OGH 14.1.1981, 1 Ob 725/80, SZ 54/4
- ▶ OGH 30.3.1981, 6 Ob 820/80, SZ 54/46
- ▶ OGH 2.3.1982, 4 Ob 406/81 – Fußballwerbung I – ÖBl 1983, 118
- ▶ OGH 13.4.1983, 3 Ob 511/83, EvBl 1983/91
- ▶ OGH 23.11.1982, 4 Ob 392/82
- ▶ OGH 11.1.1983, 4 Ob 401/82 – AKM-Aufführungsentgelt – ÖBl 1983, 150
- ▶ OGH 17.3.1982, 1 Ob 555/82, SZ 55/37
- ▶ OGH 12.4.1983, 4 Ob 319/83 – Schlümpfe – ÖBl 1984, 26
- ▶ OGH 6.9.1983, 4 Ob 369/83 – Fußballwerbung II – ÖBl 1984, 141
- ▶ OGH 13.1.1983, 6 Ob 507/83, EvBl 1983/72
- ▶ OGH 13.4.1983, 3 Ob 511/83, EvBl 1983/91
- ▶ OGH 17.6.1986, 4 Ob 316/85 – Kabel-TV-Wien – MR 1986, H 5, 20
- ▶ OGH 23.4.1985, 4 Ob 323/85 – Seilwinde – ÖBl 1986, 6
- ▶ OGH 11.7.1985, 8 Ob 534/85, JBl 1986, 235 (*Czermak*)
- ▶ OGH 4.11.1986, 4 Ob 377/86, wbl 1987, 98
- ▶ OGH 15.11.1988, 4 Ob 76/88 – Herstellerbezeichnung – MR 1989, 99 (*Walter*)
- ▶ OGH 26.4.1989, 3 Ob 544/88, EvBl 1989/128
- ▶ OGH 4.4.1989, 4 Ob 26/89 – Music Man – JBl 1989, 786 (*Nowakowski*)
- ▶ OGH 10.4.1991, 1 Ob 36/89, JBl 1991, 796
- ▶ OGH 5.12.1989, 4 Ob 126/89 – Zeitsungente – MR 1990, 69
- ▶ OGH 20.12.1989, 9 Ob A 346/89, ecolex 1990, 304
- ▶ OGH 19.12.1990, 1 Ob 27, 28/90, JBl 1992, 49
- ▶ OGH 4.4.1990, 9 ObA 78, 79/90, Arb 10.854
- ▶ OGH 23.10.1990, 4 Ob 147/90 – Jose Carreras – ÖBl 1991, 40
- ▶ OGH 6.11.1990, 4 Ob 135/90 – Hehlerbude – MR 1991, 115
- ▶ OGH 27.3.1990, 5 Ob 544/90, EvBl 1990/135
- ▶ OGH 12.2.1991, 4 Ob 1/91 – Einstandsgeschenk – ÖBl 1991, 101
- ▶ OGH 24.6.1992, 1 Ob 15/92, JBl 1993, 399
- ▶ OGH 26.5.1992, 4 Ob 31/92
- ▶ OGH 7.10.1992, 1 Ob 31/92, EvBl 1993/57
- ▶ OGH 10.11.1992, 4 Ob 89/92 – Macht und Magie – MR 1995, 55
- ▶ OGH 24.11.1992, 4 Ob 91/92, MR 1993, 55
- ▶ OGH 10.11.1992, 4 Ob 100/92 – Zielwerbung – MR 1993, 59
- ▶ OGH 15.12.1992, 4 Ob 112/92 – Austria-Boß – MR 1993, 61 (*Walter*)
- ▶ OGH 15.1.1992, 1 Ob 511/92, JBl 1992, 388
- ▶ OGH 15.1.1992, 1 Ob 516/92, MietSlg 44.114
- ▶ OGH 18.5.1993, 4 Ob 42/93 – Sockelplatte – GRURInt 1994, 324

- ▶ OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93 – WIN – MR 1994, 239 (*Walter*)
- ▶ OGH 22.3.1994, 4 Ob 166/93 – Wienerwald II – wbl 1994, 314
- ▶ OGH 11.8.1993, 9 Ob A 187/93, wbl 1994, 23
- ▶ OGH 17.10.1995, 1 Ob 20/94, ecolex 1996, 168 (*G. Graf*)
- ▶ OGH 10.5.1994, 4 Ob 55/94 – Cosy II – MR 1995, 22 (*Walter*)
- ▶ OGH 28.6.1994, 4 Ob 76/94 – Wir brauchen Männer – ÖBl 1995, 87
- ▶ OGH 19.9.1994, 4 Ob 97/94 – Telefonstudien – MR 1995, 60
- ▶ OGH 6.12.1994, 4 Ob 127/94 – Fußballer-Abziehbilder – MR 1995, 109
- ▶ OGH 23.6.1995, 1 Ob 26/95, RZ 1996/51
- ▶ OGH 25.1.1996, 6 Ob 37/95, MR 1997, 202
- ▶ OGH 10.10.1995, 4 Ob 49/95 – Leserverblödung – wbl 1996, 128
- ▶ OGH 11.7.1995, 4 Ob 57/95 – Leiden der Wärter – MR 1996, 97
- ▶ OGH 14.6.1995, 3 Ob 544, 545/95, JBl 1996, 48
- ▶ OGH 11.1.1996, 6 Ob 600/95, MR 1996, 239
- ▶ OGH 30.1.1996, 1 Ob 607/95, JBl 1996, 653
- ▶ OGH 29.5.1996, 4 Ob 2059/96 – Gerhard Berger II – MR 1996, 185 (*Korn* in MR 1996, 240)
- ▶ OGH 17.9.1996, 4 Ob 2249/96f – Nacktfotos – MR 1997, 28
- ▶ OGH 18.3.1997, 1 Ob 65/97h, EvBl 1997/156
- ▶ OGH 25.9.1997, 2 Ob 218/97s, JBl 1998, 250
- ▶ OGH 23.9.1997, 4 Ob 246/97y – Wurzelendreduzierer – ÖBl 1998, 307
- ▶ OGH 24.3.1998, 1 Ob 315/97y, EvBl 1998/119 (verst Senat)
- ▶ OGH 28.4.1998, 1 Ob 372/97f, immolex 1998/177
- ▶ OGH 23.2.1999, 1 Ob 58/98f, ecolex 2000/5
- ▶ OGH 26.5.1998, 4 Ob 63/98p – Rauchfänge – JBl 1998, 793 (*Mahr*); auch: MR 1998, 194 (*Walter*) = ecolex 1998, 855 (*Schanda*) = GRURInt 1999, 182 (*Schwarz*)
- ▶ OGH 29.9.1998, 4 Ob 242/98m – Exklusivfoto – MR 1999, 26 (*Walter*)
- ▶ OGH 28.1.1999, 6 Ob 280/98i, MietSlg 51.107
- ▶ OGH 24.11.1998, 5 Ob 292/98i – Mittelschulatlas – MR 1999, 171 (*Walter*)
- ▶ OGH 10.11.1998, 4 Ob 281/98x – Den Kopf zwischen den Schultern – MR 1998, 345 (*Walter*)
- ▶ OGH 20.11.1999, 8 Ob 300/98w, JBl 1999, 736 (*Apathy*)
- ▶ OGH 24.5.2000, 3 Ob 323/98s, MietSlg 52.117
- ▶ OGH 23.11.1999, 4 Ob 262/99d – Psychotest – MR 2000, 16
- ▶ OGH 15.2.2000, 4 Ob 29/00v – BOSS-Brillen I – ÖBl 2000, 178
- ▶ OGH 12.7.2000, 9 Ob 36/00k, ZVR 2001
- ▶ OGH 17.8.2000, 4 Ob 178/00f – BOSS-Brillen II – ÖBl 2001, 89 (*Schanda* in ÖBl 2001, 151)

- ▶ OGH 13.2.2001, 4 Ob 307/00a – VDfS II – ÖBl 2002, 32
- ▶ OGH 22.3.2001, 4 Ob 38/01v
- ▶ OGH 10.7.2001, 4 Ob 66/01m – Tausend Clowns – MR 2002, 98
- ▶ OGH 24.4.2001, 4 Ob 81/01t – Ciclon – ÖBl 2001, 269
- ▶ OGH 16.5.2001, 2 Ob 84/01v, ZVR 2001/73 (Glosse von *Karner* ZVR 2001, 287)
- ▶ OGH 16.10.2001, 4 Ob 243/01s – Sissy Weißwein – ÖBl 2002/49
- ▶ OGH 13.11.2001, 4 Ob 249/01y – Wirtschaftskurier – MR 2002, 101
- ▶ OGH 29.1.2002, 4 Ob 279/01k – Aufzugsanlagen – MR 2002, 156
- ▶ OGH 28.5.2002, 4 Ob 114/02x, EvBl 180/2002
- ▶ OGH 5.11.2002, 4 Ob 237/02k – Tablettenwerbung – MR 2003, 111
- ▶ OGH 12.9.2001, 4 Ob 134/01m – Das versteckte Mikrofon – ÖBl 2003, 22
- ▶ OGH 28.5.2002, 4 Ob 114/02x, ecolex 2002/277, 745
- ▶ OGH 15.10.2002, 4 Ob 209/02t – Brühl – ÖBl 2003/23
- ▶ OGH 28.2.2003, 1 Ob 39/03x, RdW 2003, 496
- ▶ OGH 4.6.2003, 9 Ob 51/03w
- ▶ OGH 19.8.2003, 4 Ob 120/03f, MR 2004, 101 (*Korn*)
- ▶ OGH 20.1.2004, 4 Ob 217/03w, MR 2004, 136
- ▶ OGH 16.12.2003, 4 Ob 213/03g – Canon – ÖBl 2004/33
- ▶ OGH 16.12.2003, 4 Ob 221/03h – Weinatlas – MR 2004, 117
- ▶ OGH 25.5.2004, 4 Ob 58/04i – Fragespiel als Datenbank – MR 2004, 331
- ▶ OGH 8.6.2004, 4 Ob 119/04k – Sacher Kaffee – RdW 2005/34, 26
- ▶ OGH 12.7.2005, 4 Ob 36/05f – BOSS-Zigaretten VI – wbl 2005/307
- ▶ OGH 15.9.2005, 4 Ob 74/05v – Großkunden-Rückvergütung IV – wbl 2006/40
- ▶ OGH 24.10.2005, 9 Ob A 136/05y, infas 2006, A 18
- ▶ OGH 20.6.2006, 4 Ob 67/06s – Perlinger – ÖBl 2007/38
- ▶ OGH 30.11.2006, 3 Ob 222/06b – Manpower
- ▶ OGH 7.8.2007, 4 Ob 133/07y – Kaffeemaschinen – ÖBl 2008/5
- ▶ OGH 22.1.2008, 4 Ob 194/07v – Lime Wire – MR 2008, 18 (*Daum*)
- ▶ OGH 24.2.2009, 17 Ob 34/08m – Tonerkartuschen – ÖBl 2009/47 (*Gamerith*)
- ▶ OGH 18.11.2008, 4 Ob 175/08a – Fotostrecke – MR 2009, 81 (*Walter*)
- ▶ OGH 22.9.2009, 17 Ob 9/09m – Almdudler III – MR 2010, 166
- ▶ OGH 9.6.2009, 4 Ob 47/09d, wbl 2009/226, 522
- ▶ OGH 8.9.2009, 4 Ob 146/09p – Werbespot – MR 2009, 358
- ▶ OGH 19.11.2009, 4 Ob 163/09p – Masterplan II – MR 2010, 30 (*Walter*)
- ▶ OGH 31.8.2010, 4 Ob 126/10y, MR 2011, 142

- ▶ OGH 5.10.2010, 4 Ob 159/10a – Camelbase II
- ▶ OGH 9.11.2010, 4 Ob 173/10k, ÖBl-LS 2011/48
- ▶ OGH 28.2.2012, 4 Ob 153/11w – Christoph S. – MR 2012, 292
- ▶ OGH 11.5.2012, 4 Ob 51/12x – Faschingsumzug – JBl 2012, 511
- ▶ OGH 10.7.2012, 4 Ob 101/12z – Polizist des Jahres I – MR 2013, 115
- ▶ OGH 12.2.2013, 4 Ob 1/13w – Feier der Westbahn – MR 2013, 90
- ▶ OGH 20.1.2014, 4 Ob 133/13g – Firmenbuchdatenbank III – MR 2014, 153
(Walter)
- ▶ OGH 17.12.2013, 4 Ob 154/13w, MR 2014, 66
- ▶ OGH 19.11.2013, 4 Ob 162/13x – Brustimplantate – MR 2013, 316
- ▶ OGH 20.1.2014, 4 Ob 182/13p, RdW 2014/372, 337
- ▶ OGH 21.10.2014, 4 Ob 140/14p
- ▶ OLG Graz 3.8.2005, 6 R 102/05z – Promis witzeln – MR 2005, 374
- ▶ OLG Innsbruck 31.3.1992, 1 R 281/91, MR 1993, 20 (Walter)
- ▶ OLG Wien 18.10.1954, 1 R 676/54 – Colorbilder – ÖBl 1955, 18
- ▶ OLG Wien 26.3.1998, 1 R 31/98f – Brigitte Binder – MR 1998, 123
(Frauenberger)
- ▶ OLG Wien 29.5.2013 – Polizist des Jahres II – 2 R 23/13m, MR 2013, 117

Stichwortverzeichnis

- Abschöpfung, des Gewinns siehe Gewinnherausgabe A
- Almdudler III-Entscheidung 141 f, 143, 147
- Änderungsverbot 44, 108, 126
- Angemessene Lizenzgebühr siehe Benützungsentgelt
- Anstifter 155 ff, 156 f, 160, 164, 165, 169
- Arbeitsbauernbundkalender-Entscheidung 59, 83 f, 85, 87
- Ausgleichsprinzip 43 f, 55 ff, 67 ff, 70 ff, 79, 86, 93,
97, 98, 103, 115, 172 f, 174
- Benützungsentgelt, angemessenes 13 ff B
- , Aktivlegitimation 26 ff
- , Anstifter siehe dort
- , Gehilfen siehe dort
- , Höhe 22 ff
- , Rechtsnatur 19 f
- , Tätermehrheit siehe dort
- , Unternehmerhaftung siehe dort
- Besorgungsgehilfe siehe Gehilfenhaftung
- Beweislast
- , Erleichterung bei Kennzeichenrechten 49 f
- , Schadensnachweis 39 f, 41, 45, 47 f, 51 ff, 55,
57 ff, 79, 98, 99 f, 105
- , —, Pauschalersatz 45 f, 51 ff, 78
- Bildnisschutz 17 ff, 28 ff, 38, 41, 78 f, 113 f, 121, 122 f, 126, 134, 161, 168, 175 f
- , Ehrenkränkung 113 f, 121, 123, 134, 175 f
- Caroline-Entscheidung (BGH) 93, 94, 103, 174 C
- Colorbilder-Entscheidung 110, 139 ff, 143
- Differenzrechnung 14 ff, 18 f, 33, 46, 63, 172 D
- Entgangener Gewinn 15, 18 f, 21, 37, 42, 58, 59, 60, 62, 72 ff,
79, 80, 82, 87, 106, 168, 173 E

Erfüllungsgehilfe	siehe Gehilfenhaftung
Ersparnisbereicherung	16, 20 f, 22, 37, 46, 55, 57 f, 63, 74, 87, 89, 146, 147, 159, 165, 167, 169
Erwerbchancen	44, 73 f

F	Fußballwerbung I-Entscheidung	15, 17 ff, 21, 22 f, 29, 31, 74
----------	-------------------------------------	---------------------------------

G	Gefühlsschaden	108 f, 111, 115 f, 123, 125, 128 ff
	—, juristische Personen	128 ff

Gehilfen

—, Bereicherungsrecht	156 f, 160, 165
—, Gehilfenhaftung	150 ff, 162 f, 164
—, Schadenersatzrecht	157, 162

GEMA-Pauschale	67, 68, 69
----------------------	------------

Gewinn

—, Abschöpfung	siehe Gewinnherausgabe
—, entgangener	siehe entgangener Gewinn

Gewinnabschöpfung	siehe Gewinnherausgabe
-------------------------	------------------------

Gewinnhaftung	siehe Gewinnherausgabe
---------------------	------------------------

Gewinnherausgabe	24, 81 ff, 106, 149, 170, 174 f
------------------------	---------------------------------

—, Anstifter	siehe dort
--------------------	------------

—, Gehilfen	siehe dort
-------------------	------------

—, Höhe	90, 94 ff
---------------	-----------

—, Rechtsnatur	85 ff, 100 ff, 155
----------------------	--------------------

—, Tätermehrheit	siehe dort
------------------------	------------

—, Unternehmerhaftung	siehe dort
-----------------------------	------------

Grundscha den

—, Nachweis	45, 46, 51 ff, 61 f
-------------------	---------------------

—, Pauschalersatz	45, 46, 51 ff
-------------------------	---------------

H	Herausgabe, des Gewinns	siehe Gewinnherausgabe
----------	-------------------------------	------------------------

Herstellerbezeichnung	28, 29, 34, 36, 41, 42
-----------------------------	------------------------

I	Ideeller Schaden	35, 93, 105 ff, 149, 168 f, 175 f
----------	------------------------	-----------------------------------

—, Ehre	93, 98, 113 f, 116 f, 120 ff, 131 f, 134 f, 175 f
---------------	---

—, erhebliche Kränkung	107 f, 109, 110, 119, 124 ff, 128, 133, 135, 169
------------------------------	--

K	Kennzeichenschutz	36, 49 f, 51, 74, 81, 84, 163
----------	-------------------------	-------------------------------

Kopf zwischen den Schultern-Entscheidung	108 f, 110, 125
--	-----------------

Lichtbilderhersteller	Tätermehrheit	193
Lichtbilderhersteller	18, 29, 42 f, 110, 145	<u>L</u>
Lizenzgebühr, angemessene / marktübliche	siehe Benützungsentgelt	
Masterplan-Entscheidung	156 f, 159	<u>M</u>
Mittäterschaft	siehe Tätermehrheit	
Mittelschulatlats-Entscheidung	46 f, 53, 55, 60, 63	
Namensnennung, Recht auf	42, 44 f, 60, 62, 110	<u>N</u>
Pauschalersatz	39 ff	<u>P</u>
—, Aktivlegitimation	76 ff	
—, Anstifter	siehe dort	
—, Ausgleichsprinzip	siehe dort	
—, Gehilfen	siehe dort	
—, Grundschaten	siehe dort	
—, Rechtfertigung	47 f, 49, 50, 51 ff, 57 ff, 62 ff, 67, 172	
—, Tätermehrheit	siehe dort	
—, Unternehmerhaftung	siehe dort	
Persönlichkeitsrechte	93, 114 f, 118, 119 f, 122	
—, des Urhebers	siehe Urheberpersönlichkeitsrechte	
—, juristische Personen	128 ff	
Präventionswirkung	55 f, 64 ff, 67, 70, 79, 93	
Prinzip der beidseitigen Rechtfertigung	65, 91, 92, 98	
punitive damages	siehe Strafschadenersatz	
Rauchfänge-Entscheidung	46, 109 ff, 125	<u>R</u>
Recht auf Namensnennung	siehe Namensnennung	
Recht aufs eigene Bild	siehe Bildnisschutz	
Schadensnachweis	siehe Beweislast	<u>S</u>
Schadensschätzung (§ 273 ZPO)	25, 45, 49, 50, 52, 53, 54, 59 ff, 84, 95, 106	
Schadensschätzung, gerichtliche	siehe Schadensschätzung	
Schmerzensgeld	siehe ideeller Schaden	
Sockelplatten-Entscheidung	157, 161, 163	
Strafschadenersatz	54 ff, 64 f, 67 f, 79 f, 172	
Tätermehrheit	155 ff	<u>T</u>
—, Bereicherung	155, 156 f, 158 ff, 165	

—, Gewinnherausgabe	155, 161
—, Schadenersatz	155, 157, 160 ff, 165
Titelschutz	28, 29, 32, 34, 36, 41, 42

U

Überwachungskosten	47, 67 ff, 173
Unternehmerhaftung	138 ff
Urheberpersönlichkeitsrechte	28, 29, 34, 36, 41, 42, 44, 79, 81, 108, 110, 121, 122, 126, 127, 168

V

Verfolgungskosten	67 ff, 173
Vermögensschaden, tatsächlicher	
—, Aktivlegitimation	76 ff
—, Anstifter	siehe dort
—, Gehilfen	siehe dort
—, Tätermehrheit – siehe dort	siehe dort
—, Unternehmerhaftung	siehe dort
Vertragsstrafe	70 ff
Verwendungsanspruch	13, 17, 19 f, 23, 27, 29 f, 32, 33, 34, 36, 37, 146, 156, 158 f, 160, 167
Verwertungsrechte, des Urhebers	17, 18, 28, 32, 34, 42 f, 46, 47, 81, 108, 110

Vorteilsherausgabe

—, allg Bereicherungsrecht	24, 35, 36, 83 f, 86, 90, 95, 96, 97, 101, 103, 174
—, Immaterialgüterrecht	siehe Gewinnherausgabe

W

Werknutzungsbewilligung	26, 27 f, 37, 78
Werknutzungsrecht	26, 41, 42, 78
WIN-Entscheidung	44 ff, 52, 60, 74, 107 f, 126
Wurzeldreduzierer-Entscheidung	14 f, 16 f, 21

Z

Zuweisungsgehalt	35, 82 f, 86, 91 ff, 97, 100, 102, 103, 174
—, relativer	101 f, 104, 175
zweiseitige Rechtfertigung	siehe Prinzip der beidseitigen Rechtfertigung

Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung von Judith Schacherreiter »Bereicherung und Schadenersatz im Immaterialgüterrecht«. Es ist kein e-book im technischen Sinn, sondern ein PDF. Denn auch wenn die für die Erstellung von e-books derzeit verfügbare Software für die Gestaltung von Romanen und damit idR glatten Satz völlig ausreicht, genügt sie nicht den Ansprüchen für die elektronische Veröffentlichung langer wissenschaftlicher Texte mit zahlreichen Überschriftsebenen und umfassendem Fußnotenapparat – zumindest nicht, wenn diese Tätigkeit auch nur annähernd adäquat entlohnt werden soll.

Wir haben uns daher entschieden, unser Drucklayout auch für die elektronische Ausgabe zu verwenden. Auch wenn es auf einem Smartphone mit einem 4.3-inch Display lesbar ist, komfortabel und ohne Ermüdungserscheinungen hat es sich für uns erst ab einer Display-Größe von 9.7-inch erwiesen.

Das PDF ist zoombar und enthält einige Elemente zur Navigation – die Kapitelüberschriften im Inhaltsverzeichnis führen zum jeweiligen Kapitel und ein Klick auf das Alinea-Zeichen in der Fußzeile jeder Seite führt an den Beginn des Inhaltsverzeichnisses.

Abhängig vom Lesegerät und der verwendeten Software können leichte Unterschiede in Aussehen und dem Gebrauch der Navigationselemente auftreten.

PCs mit Adobe Acrobat X/Reader X:

Alle Navigationselemente sind schwarz. Wird der Mauszeiger über ein solches Element bewegt, wird er zu einer kleinen Hand und ein Linksklick mit der Maus aktiviert das Navigationselement.

iPad mit Adobe Acrobat X/Reader X:

Alle Navigationselemente sind blau. Ein Linksklick mit der Maus aktiviert dieses Element.

iBook Reader on an iPad:

Alle Navigationselemente sind schwarz. Ein kurzer Klick auf ein Element in der Fußzeile blättert zurück bzw vor. Ein längeres Drücken führt zum Inhaltsverzeichnis. Elemente im Inhaltsverzeichnis werden mit einem kurzen Klick aktiviert.

Andere Lesegeräte können andere Abweichungen zeigen.



Sie können dieses Dokument im Rahmen der open-source Lizenz nutzen. ([Details finden Sie hier](#)).

Technisch können Sie mit diesem PDF Folgendes tun:

- Speichern und Weiterleitung an Dritte ohne ein Passwort zu verwenden;
- Das PDF drucken, wobei Sie bei Aufforderung das Passwort »none« eingeben müssen (die Anführungszeichen sind nicht Teil des Passworts). Dies scheint ein integraler Bestandteil der Software zu sein, denn wir haben zu unserem Bedauern bislang keinen Weg gefunden, dies zu umgehen;
- Kommentare einfügen und abspeichern; sowie
- Inhalte für die Weiterverwendung kopieren (die korrekte Quellenangabe ist erforderlich).

Technisch ist es mit diesem PDF nicht möglich Änderungen am Text vorzunehmen oder Textteile im PDF zu löschen.

Gerne können Sie uns unter kontakt@jan-sramek-verlag.at Feedback auch zu unserem zweiten Schritt in die Welt des elektronischen Publizierens geben. Wir können nicht versprechen, dass wir alle Nachrichten beantworten oder jede Anregung aufgreifen, aber wir lesen jede Nachricht und beziehen sie gerne in unsere weiteren Überlegungen ein.

Um zur Titelei zurückzukehren, klicken Sie bitte [hier](#).