

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Kapitel 1: Einleitung	21
A. Hinführung zum Gegenstand der Untersuchung	21
I. System der „dreifachen Schadensberechnung“	21
II. Anspruch auf Schadensersatz nach dem Verletzungsgewinn	22
III. Bestimmung des Verletzungsgewinns	24
B. Anlass der Untersuchung	25
I. Uneinigkeit über Parameter zur Bestimmung des Verletzungsgewinns	25
II. Mangelnder Diskurs über Kausalitätsproblematik	26
C. Methodik und Ziel der Untersuchung	27
I. Empirische Analyse der Rechtsprechung	27
II. Berücksichtigung grundlegender Erkenntnisse der Verhaltensökonomie	27
D. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	28
I. Schadensersatzanspruch im Immaterialgüterrecht	28
II. Bestimmung des Verletzungsgewinns im Fokus	29
E. Gang der Untersuchung	30
Kapitel 2: Anspruch auf Schadensersatz im Immaterialgüterrecht	31
A. Anspruchsbegründung	31
I. Schuldhaft begangene Rechtsverletzung	31
1. Verletzung eines Immaterialgüterrechts	31
2. Verschulden	32
II. Schaden	33
B. Anspruchsdurchsetzung	34
I. Geltendmachung des positiven Vermögensschadens	34

II. Geltendmachung eines weitergehenden Schadens	35
1. Berechnung des konkreten Schadens	35
a. Konkreter Schaden in Form des entgangenen Gewinns, § 252 BGB	36
b. Beweisschwierigkeiten bei der Geltendmachung des entgangenen Gewinns	37
1) Beweisen können	37
a) Ursächlichkeit der Schutzrechtsverletzung für entgangenen Gewinn	38
b) Wahrscheinlichkeit der (hypothetischen) Gewinnerzielung	40
2) Beweisen wollen	42
2. Bemessung eines abstrakten Schadens	43
a. Gründe für Möglichkeit der abstrakten Schadensbemessung	43
1) Ersatzfähiger Schaden auch ohne entgangenen Gewinn	44
2) Besondere Schutzbedürftigkeit von Immaterialgüterrechten und deren Inhabern	46
b. Methoden der abstrakten Schadensbemessung	47
1) Lizenzanalogie	47
a) Dogmatische Grundlage	47
b) Anspruchsgegenstand	48
c) Anspruchsvoraussetzungen	49
2) Verletzungsgewinn	50
a) Dogmatische Grundlage	50
b) Anspruchsgegenstand	52
c) Anspruchsvoraussetzungen	53
3. Verhältnis der Schadensbezifferungsmethoden zueinander	55
a. Alternativverhältnis	55
1) Rechtslage vor Erlass der Richtlinie 2004/48/EG	55
2) Keine eindeutigen Vorgaben durch Richtlinie 2004/48/EG	56
3) Fortbestand des Alternativverhältnisses	58
b. Wahlrecht des Anspruchstellers	59

Kapitel 3: Bemessung des Anspruchs auf Schadensersatz nach dem Verletzungsgewinn	60
A. Schritt 1: Berechnung des vom Verletzten erzielten Gewinns (Verletzungsgewinn)	60
I. Erlös	61
II. Abzugsfähige Kosten	61
1. Die „Gemeinkostenanteil“-Entscheidung des BGH	62
2. Rezeption von „Gemeinkostenanteil“ in Rechtsprechung und Literatur	63
B. Schritt 2: Bestimmung des auf der Verletzung beruhenden Gewinnanteils (Verletzungsgewinn)	64
I. Tatsächliche Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO	65
1. Einfluss des Schutzgegenstands auf Verkaufserfolg maßgeblich	66
2. Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens unbedeutlich	67
a. Rechtsprechung	67
b. Kritik	68
1) Differenzierung zwischen Verletzungsgewinn und Schaden	68
2) Differenzierung zwischen Schutzrecht und Schutzgegenstand	69
3. Darlegungs- und Beweislast für Mitursächlichkeit	70
a. Keine Vorgaben der Richtlinie 2004/48/EG	70
b. Allgemeine Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	71
1) Für eine Darlegungs- und Beweispflicht des Anspruchstellers	71
2) Für eine Darlegungs- und Beweispflicht des Verletzten	72
3) Vermittelnde Lösung durch Beweiserleichterung und Schätzung	73
II. Mitursächlichkeit des Schutzgegenstands für den Verletzungsgewinn	75
1. Die Kaufentscheidung als Maßstab der Schätzung	75
a. Rechtsprechung	75
1) Kaufentscheidung als Summe von Faktoren	76

2)	Nicht Mehrerlös, sondern Anteil am Gesamterlös maßgebend	77
3)	Differenzierung nach Schutzgegenstand und Art des Verletzerprodukts	77
4)	Regel-Ausnahme-Vermutung	78
b.	Literatur	78
c.	Kaufentscheidung aus Sicht der Verhaltensökonomie	80
1)	Prinzip der individuellen Nutzenmaximierung	80
2)	Kaufentscheidung als Problemstellung	81
a)	Kognitiv geprägte Kaufentscheidungen	81
(1)	Extensive Kaufentscheidung	81
(2)	Limitierte Kaufentscheidung	82
b)	Affektiv geprägte Kaufentscheidungen	83
(1)	Habitualisierte Kaufentscheidungen	83
(2)	Impulsive Kaufentscheidungen	83
c)	Erkenntnisse für die Bestimmung des Verletzungsgewinns	84
3)	Entscheidungsfindung durch schrittweise Eingrenzung	84
a)	Trichtermodell nach Shocker/Ben-Akiva et al.	84
b)	Anwendung von Auswahlregeln	86
(1)	Nicht-kompensatorische Auswahlregeln	86
(2)	Kompensatorische Auswahlregeln	88
c)	Differenzierung nach Wertigkeit der Produktattribute	89
(1)	Erfordernis einer Differenzierung	89
(2)	Priorisierung von Produktattributen nach der “MoSCoW”-Methode	89
(3)	Konsekutive Anwendung nicht- kompensatorischer und kompensatorischer Auswahlregeln	91
d)	Erkenntnisse für die Bestimmung des Verletzungsgewinns	91

2. Ursachen der Kaufentscheidung und Gewinnerzielung	92
a. Regelfall: Weitere Umstände für Verletzergewinn mitursächlich	93
1) Äquivalente, abweichende oder teilweise Benutzung des Schutzrechts	94
a) Rechtsprechung und Literatur	95
(1) Pro Kausalitätsabschlag	95
(2) Contra Kausalitätsabschlag	97
b) Kritik	98
(1) Entscheidung über die Verletzungsfrage	98
(2) Bestimmung der Mitursächlichkeit der Verletzung für die Gewinnerzielung	99
c) Ergebnis	102
2) Verletzung aufgrund nur eines Bau- bzw. Bestandteils	102
a) Rechtsprechung und Literatur	103
b) Kritik	107
c) Ergebnis	109
3) Fehlende Erkennbarkeit des schutzrechtsverletzenden Bauteils	110
a) Rechtsprechung und Literatur	110
b) Kritik	112
c) Ergebnis	113
4) Rückgriff des Schutzrechts auf vorbekannte Elemente	114
a) Rechtsprechung und Literatur	114
(1) Pro Kausalitätsabschlag	114
(2) Contra Kausalitätsabschlag	115
b) Kritik	116
c) Ergebnis	118
5) Ausstattungsmerkmale des Verletzerprodukts	119
a) Funktionalität	119
(1) Rechtsprechung und Literatur	119
(a) Pro Kausalitätsabschlag	119
(b) Contra Kausalitätsabschlag	121
(2) Kritik	122
(a) Gattungsmerkmal	123
(b) Unterscheidungsmerkmal	124

(c) Funktion bildet Alleinstellungsmerkmal	126
(d) Sonderfall: Werke der angewandten Kunst	127
(3) Ergebnis	127
b) Ansprechende Gestaltung	128
c) Hohe Qualität	129
6) Kennzeichnung mit Qualitäts- oder Prestigemarke	129
(1) Rechtsprechung und Literatur	130
(a) Pro Kausalitätsabschlag	130
(b) Contra Kausalitätsabschlag	132
(2) Kritik	132
(3) Ergebnis	134
7) Bekanntheit und Ansehen des Verletzers	134
a) Rechtsprechung und Literatur	135
(1) Pro Kausalitätsabschlag	135
(2) Contra Kausalitätsabschlag	135
b) Kritik	136
c) Ergebnis	137
8) Niedriger Preis des Verletzerprodukts	137
a) Rechtsprechung und Literatur	138
(1) Pro Kausalitätsabschlag	138
(2) Contra Kausalitätsabschlag	139
b) Kritik	142
(1) Preisvergleich aus Sicht des Käufers	144
(2) Bedeutung des Schutzrechts innerhalb eines Preissegments	145
(3) Preiswahrnehmung nach dem individuellen Empfängerhorizont	147
(a) Kauf trotz des objektiv hohen Preises	147
(b) Kauf wegen des objektiv hohen Preises	148
c) Ergebnis	148

b. Ausnahmefall: Schutzgegenstand überwiegend oder ausschließlich ursächlich für Verletzergewinn	149
1) Rechtswidrige Nachahmung einer ansprechenden Gestaltung	150
a) Rechtsprechung und Literatur	150
b) Kritik	152
c) Ergebnis	153
2) Bestimmte Fälle von Kennzeichenrechtsverletzungen	154
a) Verletzung einer Qualitäts- oder Prestigemarke	155
(1) Rechtsprechung und Literatur	155
(2) Kritik	156
(3) Ergebnis	157
b) Kennzeichenrechtsverletzendes Merchandisingprodukt	157
(1) Rechtsprechung und Literatur	157
(2) Kritik	158
(3) Ergebnis	159
c) Verletzung einer dreidimensionalen Marke	159
(1) Rechtsprechung und Literatur	159
(2) Kritik	160
(3) Ergebnis	161
d) Rechtswidriger Parallelimport von Arzneimitteln	162
(1) Rechtsprechung und Literatur	162
(2) Kritik	164
(a) Benutzung der Herstellermarke als Marktzugangsvoraussetzung	164
(b) Berücksichtigung des Schadensumfangs und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	165
(3) Ergebnis	167
3) Verletzung eines Betriebsgeheimnisses	168
a) Rechtsprechung und Literatur	168
b) Kritik	170
c) Ergebnis	172

4)	Unerlaubte Benutzung einer grundlegenden Neuerfindung	172
a)	Rechtsprechung und Literatur	172
b)	Kritik und Ergebnis	173
III.	Ergänzende Berücksichtigung des Verletzerverhaltens	174
1.	Vertriebsleistungen und Absatzbemühungen des Verletzers	174
a.	Rechtsprechung und Literatur	174
1)	Pro Kausalitätsabschlag	175
2)	Contra Kausalitätsabschlag	176
b.	Kritik	178
1)	Abgrenzung zwischen „Vertriebsleistungen“ und „Absatzbemühungen“	178
2)	Kein Widerspruch zur Gewinn-Fiktion	179
3)	Argumente gegen Berücksichtigung der Vertriebsleistungen des Verletzers	179
a)	Keine doppelte Berücksichtigung von Vertriebsaufwendungen	180
b)	Differenzierung zwischen Absatz- und Gewinnsteigerung	180
c)	Vertriebsleistungen nicht unabhängig vom Produkt	181
c.	Ergebnis	182
2.	Berücksichtigung geringen Verschuldens	182
a.	Wertungskorrektiv statt Kausalitätsfaktor	183
b.	Allgemeine Berücksichtigung des Verschuldensgrades bei der Bemessung eines Schadensersatzanspruchs	184
1)	Rechtslage vor und nach Umsetzung der Richtlinie 2004/48/EG	184
2)	Rechtsprechung und Literatur	185
a)	Für eine Berücksichtigung des Verschuldensgrads	185
b)	Gegen eine Berücksichtigung des Verschuldensgrads	187
c.	Anspruchsmindernde Berücksichtigung geringen Verschuldens beim Verletzungsgewinn	188
1)	Überabschreckende Wirkung	189

2) Geringeres Präventionsbedürfnis bei Fahrlässigkeit	190
3) Bereicherungsverbot und Gefahr der Überkompensation	190
d. Kritik	191
1) Kompensation vor Sanktion und Prävention	192
2) Keine Überkompensation durch vollständige Abschöpfung des unrechtmäßigen Gewinns	193
3) Feststellung des Verschuldensgrades anhand von Begleitumständen	195
e. Ergebnis	195
Kapitel 4: Zusammenfassung	197
Literatur	201
Gerichtsentscheidungen	209