

Lic. iur. Hans-Ueli Vogt, Zürich

# Sonderzivilrecht für Immaterialgüter – dargestellt anhand der vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen

## Inhaltsübersicht

- I. Zwei Urteile zu einer Urheberrechtsverletzung durch unbefugte Verwendung einer Photographie
  1. Der Tatbestand
  2. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich
  3. Das Urteil des Bundesgerichts
  4. Die Quintessenz des Bundesgerichtsurteils
- II. Die These
- III. Zu den Grundlagen eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüter
  1. Zu den Eigenarten der Immaterialgüter und der Immaterialgüterrechtsverletzungen im Verhältnis zu den Sachen und den Verletzungen dinglicher Rechte
  2. Zur Rechtfertigung eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen
  3. Zum Verhältnis von «allgemeinem Privatrecht» und Sonderzivilrecht im Bereiche der Immaterialgüterrechtsverletzungen
- IV. Zur Lizenzanalogie
  1. Zur Einordnung der Lizenzanalogie in das System des «allgemeinen Privatrechts»
  2. Zur Qualifikation der Lizenzanalogie als Element eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen
- V. Zum Verletzerzuschlag
  1. Zu den Unterschieden zwischen vertraglicher und deliktischer Nutzung eines Immaterialgutes und ihrer rechtlichen Relevanz
  2. Zur Rechtfertigung eines Verletzerzuschlags
  3. Zur ökonomischen Beurteilung des Verletzerzuschlags und den rechtlichen Folgerungen
  4. Zur Höhe des Verletzerzuschlags
- VI. Abschliessende Bemerkungen zu einer Urheberrechtsverletzung durch unbefugte Verwendung einer Photographie

## I. Zwei Urteile zu einer Urheberrechtsverletzung durch unbefugte Verwendung einer Photographie

### 1. Der Tatbestand

«Heureka» – so heisst die nationale Forschungsausstellung, die 1991 auf der Zürcher Allmend Brunau stattfindet. Anlässlich dieser Veranstaltung erstellt Frau B., Photographin, von Herrn M., Regisseur, in dessen Auftrag ein Porträt, das für ein einmalig erscheinendes Heft bestimmt ist. Herr M. erwirbt von Frau B. fünf Diapositiv-Duplikate des Porträts zum Preis von insgesamt Fr. 60.–. Rund zweieinhalb Jahre später erschei-

nen in drei Ausgaben einer Zürcher Tageszeitung Wahlinserate mit Reproduktionen eines der Diapositiv-Duplikate, welches Herr M. der politischen Partei, unter deren Flagge er in den Zürcher Gemeinderat einziehen will, zur Verfügung gestellt hat. Um eine Erlaubnis für diese Verwendung des Porträts hat Herr M. bei Frau B. nicht nachgesucht.

Vor dem Zürcher Obergericht belangt Frau B. Herrn M. auf Bezahlung von Fr. 3850.– nebst Zins.

### 2. Das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich<sup>1</sup>

Nachdem die Klägerin ihren Anspruch offenbar als Schadenersatzanspruch verstanden haben wollte<sup>2</sup>, waren nach Massgabe von Art. 62 Abs. 2 URG<sup>3</sup> die allgemeinen Voraussetzungen einer Haftung nach Art. 41 ff. OR zu prüfen. «Die auf eine Urheberrechtsverletzung gestützte Schadenersatzklage unterscheidet sich denn auch nicht von sonstigen Schadenersatzklagen.»<sup>4</sup>

Da bei Urheberrechtsverletzungen der Schaden in der Regel nicht ziffernmässig feststellbar sei, müsse er gemäss Art. 42 Abs. 2 OR abgeschätzt werden. Der Schaden bestehe nach allgemeinen Grundsätzen in der Differenz zwischen dem Vermögensstand des Geschädigten nach dem Schadensereignis und jenem, der dannzumal bestünde, wäre das Ereignis nicht eingetreten.

«Das wäre in Fällen wie dem vorliegenden bloss die entgangene Nutzungsgebühr. Dies würde aber bedeuten, dass der rechtmässige Benutzer eines geschützten Werkes gleich viel für die Verwendung bezahlen müsste, wie

<sup>1</sup> Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. November 1995 in Sachen M. B. gegen G. M. betreffend Urheberrecht (LK 950008).

<sup>2</sup> Vgl. S. 7 des Obergerichtsurteils: die «Klägerin verlangt Schadenersatz»; auf S. 3 des Urteils wird festgestellt, die Klägerin klage auf Zahlung einer «Nutzungsgebühr», ein Terminus, den im Laufe seiner Erwägungen (S. 8 des Urteils) das Obergericht übernimmt.

<sup>3</sup> Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG) vom 9. Oktober 1992 (SR 231.1). Die genannte Bestimmung lautet: «Vorbehalten bleiben die Klagen nach dem Obligationenrecht auf Schadenersatz, auf Genugtuung sowie auf Herausgabe eines Gewinns entsprechend den Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag.» – Der *Werkcharakter* des Porträts wurde vom Obergericht bejaht (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 lit. g URG).

<sup>4</sup> S. 7 des Obergerichtsurteils.

derjenige, der es unrechtmässig – in Verletzung des daran bestehenden Urheberrechts – tut. Um diese Privilegierung der widerrechtlich Handelnden zu vermeiden, geht die Rechtsprechung bisweilen von einer Verdoppelung der Vergütung bei unrechtmässigen Nutzungen aus (...<sup>5</sup>). Jedenfalls soll sich die unrechtmässige Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes im Verhältnis zu demjenigen, der sich rechtzeitig um die Nutzungsrechte bemüht und Gebühren bezahlt, nicht lohnen. Der Genugtungsgedanke ist in solchen Fällen in die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes zu integrieren (...<sup>6</sup>). Auf diese Weise kann ein dem Haftpflichtrecht an sich fremdes, pönales Element in die Schadenersatzbemessung einbezogen werden. Die Schwere der Verletzung des Urheberrechts muss dabei Massstab der Erhöhung des Schadenersatzes sein.»<sup>7</sup>

Soweit jener Teil des Schadens festzustellen war, welcher der nicht geleisteten Nutzungsgebühr entspricht (Schadensberechnung nach der *Lizenzanalogie*), stützte sich das Obergericht auf eine Praxis<sup>8</sup>, wonach üblicherweise die Tarife von Berufsverbänden zur Anwendung gelangen. Gemäss den beigezogenen und den Parteien bekanntgegebenen Honorarempfehlungen war ein Schaden von Fr. 2850.– ausgewiesen, Fr. 1000.– weniger als der eingeklagte Betrag. Die Klägerin stützte sich für die rechtliche Untermauerung des über die Nutzungsgebühr hinausgehenden Teils ihres Anspruchs – den *Verletzerzuschlag* also – auf den einschlägigen Verbandstarif, der diese Summe in Fällen widerrechtlicher Verwendung von Bildmaterial als geschuldet erklärt. Das Obergericht, dem Beklagten ein nur leichtes Verschulden attestierend, sprach der Klägerin lediglich 20 % der Nutzungsgebühr als Verletzerzuschlag zu und wies die Klage in der Höhe der verbleibenden Fr. 430.– ab.

### 3. Das Urteil des Bundesgerichts<sup>9</sup>

Der Beklagte appellierte ans Bundesgericht und rügte die Bundesrechtswidrigkeit des – wiewohl in reduziertem Umfang nur gewährten – Verletzerzuschlags. Das Bundesgericht hatte im wesentlichen nur noch über die Bundesrechtskonformität des durch die Vorinstanz zugesprochenen Verletzerzuschlags und die Schadensberechnung auf Grund der einschlägigen Preisempfeh-

lungen (in Anwendung der Lizenzanalogie) zu befinden. Das *Prinzip* der Schadensberechnung nach der Methode der Lizenzanalogie liess der Beklagte unbeanstandet.

Die Erwägungen zum schweizerischen Recht werden durch eine Auslegeordnung der Stellungnahmen in der immaterialgüterrechtlichen Literatur eröffnet. So hat *Theo Fischer*<sup>10</sup> einen über die vergleichbare Lizenzgebühr hinausgehenden Schadenersatz postuliert, da die Lizenzgebühr als Anreiz für die Einholung einer Bewilligung oftmals tief angesetzt werde. *François Dessemontet*<sup>11</sup> hat einer grosszügigen Bemessung des Ersatzes für materiellen und immateriellen Schaden das Wort gesprochen. *Alois Troller*<sup>12</sup> hat sich, bei Vorliegen gewisser Umstände, für den Verletzerzuschlag ausgesprochen, hält hierfür aber eine gesetzliche Grundlage für unentbehrlich; Gerichte sollten nicht von sich aus die bei der Schadensermittlung sonst allgemein geltenden Regeln auf die Seite schieben. *Christoph Nertz*<sup>13</sup> lehnt die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie wie auch den Verletzerzuschlag ab, tritt aber im Gegenzug für eine flexible und grosszügige Bemessung des Schadenersatzes nach Art. 42 Abs. 2 OR ein. *Lucas David*<sup>14</sup> und *Denis Barrelet/Willi Egloff*<sup>15</sup> schliesslich erachten die in der Gerichtspraxis bisweilen rezipierte Vorschrift der SUISA-Tarifordnung, welche für die unbefugte Werknutzung eine Verdoppelung des Tarifansatzes normiert, als verallgemeinerungsfähiges Prinzip.

Das Bundesgericht lässt sich daraufhin wie folgt vernehmen:

«Ob ein pauschalisierter Verletzerzuschlag im Tarif der Verwertungsgesellschaften bundesrechtskonform ist, sich insbesondere – analog der deutschen Rechtsprechung – aus der besonderen Struktur dieser Gesellschaften und der Natur der von ihnen zu verwaltenden Rechte begründen lässt, ist im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Für Verletzungen wie hier lässt sich indes ein pauschalisierter Verschuldenszuschlag, so wünschenswert er rechtspolitisch auch sein mag, de lege lata nicht halten. Wie *Lucas David* (...<sup>16</sup>) zu Recht bemerkt und auch

<sup>5</sup> Das Obergericht verweist auf *Denis Barrelet/Willi Egloff*: Das neue Urheberrecht (Bern 1994) Art. 62 N 13, auf den Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein in SMI 1987 227, 230 (der allerdings in Anwendung österreichischen Zivilrechts zu entscheiden hatte) sowie auf einen Entscheid des Kantonsgerichts ausschusses Graubünden in SMI 1989 74, 75.

<sup>6</sup> Das Obergericht verweist auf den Entscheid des Obersten Gerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein in SMI 1987 227, 230.

<sup>7</sup> S. 8 des Obergerichtsurteils.

<sup>8</sup> Kantonsgericht St. Gallen in SMI 1985 233, 237 Erw. 5.

<sup>9</sup> BGE 122 III 463 ff.; vollständig wiedergegeben in sic! 1997 148 ff.

<sup>10</sup> Schadenberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb (Basel 1961) 142 ff.

<sup>11</sup> Schadenersatz für Verletzung geistigen Eigentums nach schweizerischem und französischem Recht, GRUR Internationaler Teil 1980 272, 277.

<sup>12</sup> Immaterialgüterrecht, Bände I (S. 1–540) und II (S. 601–1125) (3. Aufl. Basel/Frankfurt a. M. 1983/1985) 989, Fn. 86 (zitiert: *Troller I* bzw. *Troller II*).

<sup>13</sup> Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung bei rechtswidriger Benutzung fremder Immaterialgüterrechte (sog. Lizenzanalogie) (Diss. Basel 1995) 159 ff.

<sup>14</sup> Der Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, in: *Roland von Büren/Lucas David* (Hrsg.): Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/2 (Basel 1992) 117.

<sup>15</sup> (Fn. 5), Art. 62 N 13.

<sup>16</sup> (Fn. 14), 117.

die Vorinstanz festgehalten hat, würde dadurch ein pönales Element im Sinne von «punitive damages» in das geltende Recht eingeführt, welches den allgemeinen Prinzipien der Schadens- und Ersatzbemessung, auf welche Art. 62 Abs. 2 URG ausdrücklich verweist, widerspricht und gewöhnlich gar als Verstoss gegen den *Ordre public* erachtet wird (...<sup>17</sup>). *Die Zusprechung so begründeten Schadenersatzes, dem auf seiten des Verletzten keine selbst im Tatbestandsermessens des Art. 42 Abs. 2 OR auszumachende Vermögenseinbusse gegenübersteht, ist daher abzulehnen.* Das bedeutet nicht, dass bei der Schadensschätzung nach der genannten Norm nicht auch Elemente berücksichtigt werden dürfen, die *ausserhalb der eigentlichen Lizenzanalogie* stehen; hierzu hat der Verletzte aber mindestens substantiiert aufzuzeigen, dass die *Verletzung geeignet war, weiteren Schaden zu bewirken*, und dass der *Eintritt solchen Schadens wahrscheinlich war.*<sup>18</sup>

Dem zur Beurteilung anstehenden Fall gebracht es an Indizien für solchen weiteren Schaden, und es war auch nicht ersichtlich, inwiefern die nach der Lizenzanalogie bestimmte Vergütung «den Schaden und die immaterielle Beeinträchtigung der Klägerin nicht vollumfänglich zu decken vermöchte»<sup>19</sup>. Der durch das Obergericht gewährte Verletzerzuschlag erwies sich als in Widerspruch zu Bundesrecht stehend, weswegen die Berufung insoweit gutzuheissen und das angefochtene Urteil in diesem Punkt aufzuheben war.

#### 4. Die Quintessenz des Bundesgerichtsurteils

Über die *Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie* brauchte sich das Bundesgericht mangels eines entsprechenden Antrags nicht auszusprechen, hat sie wohl aber konkludent gebilligt<sup>20</sup>. Jedenfalls hat das Zürcher Obergericht den Schaden der Klägerin nach der Lizenzanalogie festgesetzt.

Was den *Verletzerzuschlag* anlangt, so ruht das Urteil des Bundesgerichts auf einer schlichten argumentativen Grundlage: Das dem Verletzerzuschlag eigene pönale Element ist dem schweizerischen Schadenersatzrecht fremd. Den Umfang der Lizenzgebühr übersteigender Schaden wird ersetzt, sobald die Eignung der Verletzung zu solchem Schaden aufgezeigt sowie

dessen Eintritt als wahrscheinlich dargetan ist. – In dieser Umschreibung klingen die allgemeinen Voraussetzungen einer richterlichen Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR an<sup>21</sup>.

*In nucleo* wird damit nichts anderes gesagt, als dass Urheberrechtsverletzungen – nach den (allgemeingültigen) zivilrechtlichen Grundsätzen – keine über das Mass des eingetretenen (und wie auch immer errechneten) Schadens hinausgehende Schadenersatzpflicht begründen, ihnen mithin keine Sonderbehandlung gebührt. *Kein Sonderzivilrecht für Immaterialgüterrechtsverletzungen!*

## II. Die These

Mit den folgenden Ausführungen soll die These begründet werden, bei Immaterialgüterrechtsverletzungen bestehe alternativ neben den Ansprüchen aus gemeinem Zivilrecht ein solcher auf eine (dem gemeinen Zivilrecht fremde) «*angemessene Vergütung*»<sup>22</sup>. Darüber hinaus wird die allgemeine These aufgestellt, für die zivilrechtliche Behandlung von Immaterialgütern sei ein *Sonderzivilrecht* erforderlich.

Die «angemessene Vergütung» kann zum Zwecke ihrer Einordnung in die klassische Zivilrechtsdogmatik in eine *schadenersatzähnliche* Komponente (deren Umfang nach der Methode der *Lizenzanalogie* bestimmt wird) und eine Komponente, die Verwandtschaft zur *Genügtuung* und zur *Gewinnherausgabe* aufweist (*Verletzerzuschlag*), zerlegt werden. Der Anspruch auf eine «angemessene Vergütung» entspricht der Natur der Immaterialgüter, insbesondere den Eigenarten einer Immaterialgüterrechtsverletzung, weil er nicht von einer konkret<sup>23</sup> bestimmbareren Vermögensveränderung beim Verletzer oder Verletzten abhängt und immaterielle Beeinträchtigungen und Vorteile berücksichtigt. Es handelt sich bei der «angemessenen Vergütung» um ein Element eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüter. Dessen Prämisse lautet, Immaterialgütern sei zivilrechtlich insofern eine ihrer besonderen

<sup>21</sup> Vgl. BGE 122 III 219, 221 f. Erw. 3a.

<sup>22</sup> Die hier verwendete Terminologie stimmt mit jener von *Christoph Nertz* (Fn. 13), insbesondere S. 21 ff.) nicht überein, bezeichnet dieser Autor doch mit dem Ausdruck «angemessene Vergütung» jene Leistung, deren Umfang sich (ausschliesslich) nach der Lizenzanalogie berechnet.

<sup>23</sup> Mit diesem Begriff wird hier und im folgenden an die Unterscheidung von *konkreter* und *abstrakter Schadensberechnung* angeknüpft (vgl. dazu *Heinz Rey*: *Ausservertragliches Haftpflichtrecht* [Zürich 1995] N 205 f.; vgl. auch *Heinrich Honsell*: *Schweizerisches Haftpflichtrecht* [2. Aufl. Zürich 1996] § 8 N 58), die Terminologie jedoch insofern in ihrer Anwendung ausgedehnt, als sie sich nicht nur auf die Feststellung einer Vermögenseinbusse, sondern von Vermögen schlechthin beziehen soll.

<sup>17</sup> Das Bundesgericht verweist auf *Anton Heini*, in: *Anton Heini* et al. (Hrsg.): *IPRG Kommentar* (Zürich 1993) Art. 190 N 42 a.

<sup>18</sup> BGE 122 III 463, 467 f. Erw. 5c, cc; Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>19</sup> BGE 122 III 463, 468 Erw. 5c, cc; zur Bedeutung dieses Urteils passus hinten V.2.b, ii.

<sup>20</sup> Vgl. BGE 122 III 463, 468 Erw. 5c, cc: «...ausserhalb der eigentlichen Lizenzanalogie...»; vgl. auch die Regesten: «Zulässigkeit eines pauschalen Verletzerzuschlags auf dem nach der Methode der Lizenzanalogie bemessenen Schadenersatz im konkreten Fall verneint.»

Natur entsprechende Sonderbehandlung zuzudenken, als sie sich dieser besonderen Natur nach von Sachen<sup>24</sup> unterscheiden und dieser Unterschied für die anstehende Rechtsfrage funktional relevant ist.

### III. Zu den Grundlagen eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüter

#### 1. Zu den Eigenarten der Immaterialgüter und der Immaterialgüterrechtsverletzungen im Verhältnis zu den Sachen und den Verletzungen dinglicher Rechte

##### a) Aspekte der Geistigkeit von Immaterialgütern

Die Eigenart der Immaterialgüter (nicht der Immaterialgüterrechte) liegt, was ihre «Form» angeht, in ihrer Immaterialität, «Geistigkeit» – das ist eine «Binsenwahrheit»<sup>25</sup>. Mehr auf ihren «Inhalt» untersucht, ist ihr Wesen *Information*<sup>26</sup>. Im einzelnen:

i) Immaterialgüter existieren *ubiquitär*, sind gleichzeitig und immerfort überall<sup>27</sup>. Sie können deswegen von jedermann gleichzeitig und an verschiedenen Orten genutzt werden, auch durch Unbefugte: Denn eine unbefugte Nutzung ist eine Nutzung, welche sich nach ihrer Form und den Vorteilen, die sie vermittelt, nicht von einer solchen durch den Berechtigten unterscheidet. Da Berechtigte und Unberechtigte das Immaterialgut gleichzeitig nutzen können, dies aber nicht

am selben Ort zu tun brauchen, sind Immaterialgüter leicht durch Unbefugte nutzbar. Immaterialgüter sind ferner wegen ihrer Unkörperlichkeit und der damit verbundenen Unbeherrschbarkeit Allgemeingüter, *gemeinschaftlich*; sie sind jedermann, der von ihnen Kenntnis hat<sup>28</sup>, zur Nutzung zugänglich<sup>29</sup>. Vorkehrungen gegen unbefugte Nutzungen sind wegen der Gemeinschaftlichkeit nicht möglich. Immaterialgüter sind überdies *unerschöpflich*; eine Information kann beliebig oft verwendet, «informiert» werden, ihre Materialisation ist beliebig wiederholbar<sup>30</sup>. Unbefugte Nutzungen von Immaterialgütern führen wegen deren Gemeinschaftlichkeit und Unerschöpflichkeit nicht zur Entziehung des Rechtsgutes gegenüber dem Berechtigten, schränken diesen in seinen Befugnissen nicht ein. Deshalb und weil unerlaubte Nutzungen überall stattfinden können, sind solche für den Berechtigten nur *schwer feststellbar*. Und wollte man sie alle feststellen, wäre beträchtlicher Aufwand zu treiben. Die Position des unbefugten Nutzers im Verhältnis zum Berechtigten erweist sich infolgedessen als *stabil*. Dabei nutzt jener die *Chance, vom Berechtigten nicht belangt zu werden, was einen immateriellen Vorteil darstellt*<sup>31</sup>.

ii) Immaterialgüter sind *unverletzbar*, sie nehmen keinen Schaden. Die Nutzung der Information verändert diese nicht, und sei sie auch eine unbefugte<sup>32</sup>. Ist ein Immaterialgut bekannt, so kommt ihm wegen seiner Gemeinschaftlichkeit und Unerschöpflichkeit *kein Vermögenswert* zu, denn einen solchen hat nur, was im Verhältnis zum daran bestehenden Bedarf knapp ist. Wird ein solches Gut unbefugt verwendet, so bewirkt dies allein – namentlich ohne Rücksicht auf Verfügungen über die Gegenstände, in welchen die Information verkörpert ist – *seitens des Verletzten nicht unmittelbar eine konkrete Vermögenseinbussse*<sup>33</sup>, *seitens des Verletzers nicht unmittelbar*

<sup>24</sup> Für die Rechtfertigung einer Sonderbehandlung der Immaterialgüter wäre der Vergleich mit Forderungen und (den immateriellen Aspekten) der Persönlichkeit zwar ergiebiger, aber mit grösserem Begründungsaufwand verbunden, für den hier kein Raum besteht. In Kürze sei einerseits bemerkt, dass das *Persönlichkeitsrecht* in seiner Struktur als absolutes Recht an einem auch immateriellen Gut einige Verwandtschaft mit den Immaterialgüterrechten aufweist; aus diesen parallelen Eigenschaften können wechselseitig Erkenntnisse gewonnen werden (vgl. hinten V.2.b, ii). Was andererseits die *Forderungen* angeht, so bewirkt ihre Relativität eine funktional ähnliche Zuweisung wie die Körperlichkeit von Sachen, woraus die Parallelen im Regime der Verletzungsfolgen verständlich werden. Überdies besteht für Forderungen teilweise ein Sonderrecht, das deren Eigenheiten Rechnung trägt – man denke nur an die Frage ihres gutgläubigen Erwerbs. Und teilweise sind ihre Eigenheiten durch Angleichung an die Sachen unterdrückt – so durch Verbriefung in Wertpapieren. – Weiter wird, mit selbiger Begründung, dem Immaterialgüterrecht nur das *dingliche Recht*, genauer: das *Eigentum* gegenübergestellt, und nicht auch der *Besitz*.

<sup>25</sup> Peter Heinrich: Immaterialgüter sind geistiger Natur, in: Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David (Zürich 1996) 9 ff.; vgl. auch Troller I (Fn. 12), 55 ff.

<sup>26</sup> Heinrich (Fn. 25), 16; vgl. auch Jean Nicolas Druey: Information als Gegenstand des Rechts (Zürich/Baden-Baden 1995) 100 f., der im *numerus clausus* der Immaterialgüterrechte die deutlichste Ausprägung der Freiheit der Information erblickt.

<sup>27</sup> «Freisein von Zeit und Ort»: Troller I (Fn. 12), 55, vgl. auch S. 97.

<sup>28</sup> Auf die nicht leicht zu fassende Bedeutung der *Kenntnis* der Information wird hier nicht eingetreten. Ihre Funktion erhellt namentlich im Zusammenhang mit dem vertraglichen, straf- und lauterkeitsrechtlichen *Geheimnisschutz* sowie aus den Unterschieden zwischen diesem und der exklusiven Zuweisung von Nutzungsbefugnissen an Information durch Immaterialgüterrechte.

<sup>29</sup> Vgl. Troller II (Fn. 12), 824: «geistiger Allgemeinbesitz»; vgl. auch Troller I (Fn. 12), 77.

<sup>30</sup> Vgl. Troller I (Fn. 12), 59, bei und in Fn. 12.

<sup>31</sup> Zum Gesagten David (Fn. 14), 115 f.; Nertz (Fn. 13), 1, 6, 79, 92, 117 f.

<sup>32</sup> Vgl. Nertz (Fn. 13), 5, 75, 79; Troller I (Fn. 12), 57 ff.

<sup>33</sup> *Damnum emergens* besteht bei Immaterialgüterrechtsverletzungen vor allem in den Rechtsverfolgungskosten, in einem allfälligen Marktverwirrungsschaden und in Einbussen zufolge Rufschädigung, also in bloss *mittelbar* durch die unbefugte Informationsverwendung hervorgerufenen Vermögenseinbussen (vgl. sogleich im Text, v; zu den genannten Schadensposten: Barrelet/Egloff [Fn. 5], Art. 62 N 13; Fischer [Fn. 10], 68 ff.; Nertz [Fn. 13], 5 f., 75; Troller II [Fn. 12], 986).

und ohne dessen Zutun einen Vermögenszuwachs<sup>34</sup>.

iii) Verletzt wird durch die unbefugte Nutzung eines Immaterialgutes der *Ausschliesslichkeitsanspruch des Rechtsträgers*, dessen subjektives Immaterialgüterrecht<sup>35</sup>. Wie ist das zu deuten?

Die Verletzung des Immaterialgüterrechts bedeutet eine Beeinträchtigung der *abstrakten «Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten»*<sup>36</sup>, deren ausschliessliche Realisierung das subjektive Recht seinem Träger vorbehält. Diese Beeinträchtigung stellt die *einzig vermögensmässig relevante, unmittelbar und notwendig eintretende Folge einer Immaterialgüterrechtsverletzung* dar<sup>37</sup>. Die Unverletzbarkeit und die Gemeinschaftlichkeit des Immaterialgutes bewirken, dass sich ein Verstoss gegen die Herrschaftszuständigkeit nicht unmittelbar im Vermögen des Berechtigten *konkret* feststellen lässt.

Der Inhalt des Ausschliesslichkeitsanspruchs erschöpft sich nicht in seiner wirtschaftlichen Komponente (der die Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten vornehmlich, nicht jedoch ausschliesslich zuzuordnen sind). In je nach Immaterialgüterrecht unterschiedlichem Ausmass weist das Schutzrecht auch Komponenten vorwiegend oder doch stark *ideellen Gehalts* auf<sup>38</sup>. Erwähnt seien das Recht des Erfinders und jenes des Urhebers, als solche genannt zu werden<sup>39</sup>. Die Verletzung dieser Rechte bewirkt keine unmittelbaren Veränderungen im Vermögen des Verletzten oder des Verletzers. Überdies schützt das Ausschliesslichkeitsrecht auch Interessen, die das Verhältnis des Schutzrechtsinhabers zum Immaterialgut und nicht unmittelbar dessen wirtschaftliche Nutzung betreffen (sogenannte *«innere Sphäre»* des Schutzrechts<sup>40</sup>). Man denke etwa daran, dass das Anbringen der Marke dem Berechtigten ebenso vorbehalten ist wie die Bestimmung des Zeitpunktes der erstmaligen Veröffentlichung des Werkes<sup>41</sup>. Verletzungen, die den Träger des Immaterialgüterrechts in den

ideellen Komponenten des Schutzrechts oder in dessen «innerer Sphäre» treffen, bewirken allemal *immaterielle Beeinträchtigungen*. In beiden Fällen liegen Immaterialgüterrechtsverletzungen ohne Vermögensveränderung bei wenigstens einem am Verletzungsereignis Beteiligten vor.

iv) Die Verletzung eines Immaterialgüterrechts kann *nicht real wiedergutmacht* werden. Eine Beseitigung der Verletzung müsste am Rechtsgut anknüpfen können, doch hinterlässt die unbefugte Nutzung bei jenem keine feststellbaren Folgen, so dass weder ein Anhalt für eine Naturalrestitution noch ein solcher für eine vollständige geldwerte Bemessung der Verletzung besteht. Die Folgen der zeitlich zwar begrenzten Verletzungshandlung wirken wegen der Geistigkeit des Gutes jedoch noch lange nach.

v) Zur Realisierung ihrer Informationsfunktion bedürfen Immaterialgüter eines sinnlichen Mediums: eines Werkexemplars, eines patentgemässen Erzeugnisses, einer Ware oder Dienstleistung, über deren Herkunft durch eine Marke informiert wird. Diese *Materialisation des Geistesgutes* ist Voraussetzung für die (konkrete) Realisierung der (abstrakten) Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten durch Berechtigte wie auch Unberechtigte. Nehmen Unberechtigte die Materialisation vor, so liegt hierin grundsätzlich bereits eine Rechtsverletzung.

Von der Materialisation des Geistesgutes ist die *Verwertung der hergestellten Erzeugnisse* zu sondern<sup>42</sup>. Sie allein kann *konkret* bestimmbare Vermögensfolgen auslösen. Diese Folgen entstehen indes nicht notwendig und nicht unmittelbar. *Nicht unmittelbar*, weil zur Materialisation weitere Handlungen des (befugten oder unbefugten) Nutzers<sup>43</sup> oder Sozialkontakte mit Dritten treten müssen: Die unbefugte Ausführung der patentierten Lehre bewirkt keine konkret auszumachenden Vermögensfolgen beim Berechtigten oder beim Verletzer, solange die hergestellten Erzeugnisse nicht beispielsweise zum Verkauf angeboten werden. Erst durch solche weiteren Ereignisse wird in vermögensmässig konkret feststellbarer Weise gegen die ausschliessliche Zuweisung der Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten an den Schutzrechtsinhaber verstossen. Konkret bestimmbare Vermögensfolgen treten überdies *nicht notwendig* im Anschluss an eine Immaterialgüterrechtsverletzung auf. Es können die wirtschaftlichen Nutzungs- und die Gewinnerzielungsmöglichkeiten virtuell tangiert sein, ohne dass das Vermögen konkret

<sup>34</sup> Vgl. Nertz (Fn. 13), 75, 107, 116.

<sup>35</sup> In diesem Sinne auch Fischer (Fn. 10), 14.

<sup>36</sup> Nertz (Fn. 13), 75, vgl. auch S. 6; vgl. auch Christoph von Graffenried: Vermögensrechtliche Ansprüche bei Urheberrechtsverletzungen (Diss. Basel 1992) 141; Fischer (Fn. 10), 14.

<sup>37</sup> Ähnlich von Graffenried (Fn. 36), 141 f. – Die Aussage, in der Beeinträchtigung der abstrakten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten liege eine Beeinträchtigung im Vermögen, ist nicht selbstverständlich; es wird darauf zurückgekommen (hinten IV.1.d).

<sup>38</sup> Vgl. Troller I (Fn. 12), 68, 70 f., 91.

<sup>39</sup> Art. 5 PatG (Bundesgesetz über die Erfindungspatente [Patentgesetz, PatG] vom 25. Juni 1954 [SR 232.14]) bzw. Art. 9 Abs. 1 URG.

<sup>40</sup> Troller I (Fn. 12), 69 f.

<sup>41</sup> Art. 13 Abs. 2 lit. a MSchG (Bundesgesetz über den Schutz von Marken und Herkunftsangaben [Markenschutzgesetz, MSchG] vom 28. August 1992 [SR 232.11]) bzw. Art. 9 Abs. 2 URG.

<sup>42</sup> Troller I (Fn. 12), 70.

<sup>43</sup> Vgl. Nertz (Fn. 13), 107, 116, betreffend den Verletzererwerb.

beeinträchtigt wird; so etwa im Falle der Kennzeichnung gleichartiger Waren mit verwechselbaren Marken, wenn die Waren keine Konkurrenzzeugnisse darstellen<sup>44</sup>.

#### b) Aspekte der Körperlichkeit von Sachen

In augenscheinlichem Gegensatz zu den Immaterialgütern sind Sachen materiell, körperlich. Bei näherer Betrachtung ergibt sich das Folgende:

i) Sachen sind *nicht ubiquitär*, sondern finden sich an einem einzigen und bestimmten Ort im Raum. Auf Sachen kann darum nur einwirken, wer in bestimmter örtlicher Beziehung zu ihnen steht. Die Lokalisation zufolge Körperlichkeit schränkt den Kreis gleichzeitiger Nutzer und Gebraucher ein; Sachen sind *nicht gemeinschaftlich*. Die eine (körperliche) Einwirkung auf die Sache schränkt die andere (wenigstens vorübergehend) ein oder schliesst sie gar aus. Unbefugte Einwirkungen sind wegen allfälliger Einschränkungen des Berechtigten in der Ausübung seiner Befugnisse, vor allem aber wegen der Lokalisation der Sache *leicht feststellbar*. Die Position des unbefugten Nutzers oder Gebrauchers gegenüber dem Berechtigten ist deswegen grundsätzlich eine *labile*. Beschränkt die eine Einwirkung eine weitere, insbesondere eine befugte eine unbefugte, so sind unbefugte Einwirkungen auf Sachen von vorneherein nicht ohne weiteres möglich.

ii) Eine fortdauernde Einwirkung auf eine Sache kann die Form einer (bestimmungsgemässen) Nutzung (im weitesten Sinn) – Gebrauch, Verbrauch, Entzug zu einem dieser Zwecke – oder einer (nicht bestimmungsgemässen) Beeinträchtigung – Zerstörung, Einschränkung der Gebrauchsfähigkeit – annehmen oder immaterieller Natur sein. Allein die Nutzung vermittelt die Vorteile, die die Sache zu vermitteln geeignet ist. Doch führen beide Formen körperlicher Einwirkung typischerweise in gewissem Sinne zur «*Erschöpfung*» der Sache: Sie geht durch Gebrauch, Zerstörung etc. unter, oder es wird ihr Gebrauchswert geschmälert. Eine unerlaubterweise vorgenommene Einwirkung stellt für den Berechtigten in diesen Fällen häufig eine – unmittelbar und notwendig eintretende – *Vermögenseinbusse* dar, da die Sache einer oder mehreren bestimmten Personen ausschliesslich zugeordnet, der Körperlichkeit wegen nicht Allgemeingut, der Erschöpflichkeit wegen knapp, damit ein

Vermögenswert ist. Die Sache selbst ist *Vermögen*<sup>45</sup>.

iii) In der unbefugten Einwirkung auf die Sache liegt gleichzeitig eine *Verletzung des dinglichen Rechts*. Wie die in ihren Wirkungen fortdauernde Rechtsverletzung zu sanktionieren ist, erhellt allemal anhand der Möglichkeiten, die Beeinträchtigung und ihre Auswirkungen *real* zu beseitigen. Dabei tut nichts zur Sache, ob die Einwirkung eine materielle oder eine immaterielle ist und ob sie eine Vermögenseinbusse hinterlässt. Bei körperlichen, anhaltenden Einwirkungen auf die Sache gehen Rechtsverletzung und Vermögenseinbusse sodann oft miteinander einher; diesfalls ergibt sich aus letzterer, wie die Verletzung *durch Geldleistung* wiedergutmacht werden kann.

#### c) Typologische Beschreibung der Rechtsgüter

Die hier vorgenommene Charakterisierung von Immaterialgütern und Immaterialgüterrechten sowie von Sachen und dinglichen Rechten bedient sich vorwiegend typologischer Merkmale. Im Hinblick auf die angestrebte Breite des Geltungsbereichs und die gleichzeitige Heterogenität des Regelungsgegenstandes eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüter erscheint ein solches Verfahren als regelungsstrategischer Zwang. Die Bestimmung dessen, was typisch ist, und seine Abgrenzung zum Atypischen richten sich an den Rechtsgütern – Sachen und Immaterialgütern – aus. Die dergestalt typologisch beschriebenen Güter sind bei der Frage ihrer zivilrechtlichen Behandlung einander gegenüberzustellen. Dementsprechend sind Atypizitäten nur dann beachtlich, wenn sie mit der Eigenart des Rechtsgutes verbunden sind. Das trifft auf die verschiedenen Kategorien von Immaterialgütern, nicht jedoch auf – mitunter durchaus (real-)typische – Merkmale einzelner Sachenrechtsverletzungen zu. Bei konkreten Einzelfragen können Spezifika von Verletzungstatbeständen ins Gewicht fallen, vorausgesetzt, man hat als Grundsatz bejaht, den Eigenarten der Rechtsgüter Rechnung zu tragen<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Immerhin spricht nichts dagegen, den Vermögenswert einer Kuh nicht in dieser als Sache zu erblicken, sondern in der Chance, die Kuh zu melken, zu schlachten etc., ihren Vermögenswert mithin durch die durch sie vermittelten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten zu definieren (zur Problematik, dargelegt anhand des hier verwendeten Beispiels, *Troller I* [Fn. 12], 50f., Fn. 2). Diese abweichende Sicht ist für das Folgende im Ergebnis ohne Belang, solange man nur dem Berechtigten die für ihn vorteilhafte Möglichkeit belässt, eine konkrete Einbusse im «Substanzwert» als Schaden auszuweisen; vgl. hinten IV.2.d, insbesondere Fn. 140.

<sup>46</sup> Von Bedeutung ist das Gesagte namentlich für die Bestimmung der *Höhe des Verletzerzuschlags*, vgl. hinten V.4.

i) Die einzelnen Kategorien von *Immaterialgütern* und *Immaterialgüterrechten* weisen die skizzierten Merkmale in unterschiedlich starker Ausprägung auf; bei gewissen Kategorien fehlen gewisse Merkmale gänzlich, ihrer Natur nach oder kraft gesetzgeberischer Anordnung. Dem «idealtypischen Immaterialgut» dürfte das urheberrechtlich geschützte Werk am nächsten stehen, die Kennzeichen sind ihm eher fern<sup>47</sup>.

Unterschiedlich ist etwa der Umfang der *ideellen* neben den materiellen *Befugnissen*, die das Recht verleiht: Man bedenke, dass der Urheber dem Eigentümer eines Werkexemplars gewisse Veränderungen der Sache unter ausschliesslicher Berufung auf sein Urheberrecht – ohne Geltendmachung materieller Interessen – verbieten kann<sup>48</sup>. Demgegenüber verleiht das Markenrecht keine rein ideellen Befugnisse<sup>49</sup>. Von Immaterialgüterrecht zu Immaterialgüterrecht unterschiedlich ist überdies der *Umfang der Ausschliessungsmacht*: Der Urheber kann Dritten nicht jede Materialisation des Werkes verbieten<sup>50</sup>, wogegen dem Patentinhaber grundsätzlich jede Ausführung der patentierten Lehre vorbehalten ist<sup>51</sup>. Auf beide vorgenannten, je nach Immaterialgüterrecht unterschiedlich stark ausgebildeten Eigenheiten ist Rücksicht zu nehmen.

Des weitern ist die Ubiquität und damit die gegenüber Sachen *erschwerter Feststellbarkeit schutzrechtsverletzender Materialisationen* bei urheberrechtlich geschützten Werken typischerweise stark spürbar, weil viele Werke – z. B. Musikwerke – in diversen sozialen Kontexten auftauchen und die Werkexemplare zudem häufig ephemerer Natur sind. Dagegen sind beispielsweise patentrechtsverletzende Medikamente naturgemäss an weniger Orten aufzufinden und damit zu suchen. Ähnliches gilt für Marken, welche primär über die Herkunft einer Ware oder Dienstleistung informieren und diese Information meist in unmittelbarem örtlichem Zusammenhang mit der Ware oder der Dienstleistung transportieren; das erleichtert die Marktüberwachung. Bejaht man dem Grundsatz nach die rechtliche Relevanz der erschwerter Feststellbarkeit von Verletzungen, so kann die (allenfalls schwache)

Ausprägung dieses Merkmals *in concreto* in die Beurteilung eingeschlossen werden.

*Kennzeichen* weisen sodann die Besonderheit auf, dass ihr *Informationsgehalt* durch häufigen (befugten oder unbefugten, kennzeichenmässigen oder sonstigen) Gebrauch *verändert* werden kann. Gedacht wird hier etwa an die Entartung von Marken zu Freizeichen. Abweichungen vom Grundtypus des Immaterialgüterrechts bewirkt endlich der *Registereintrag*, indem er Ausschliesslichkeitsrechte an Immaterialgütern signalisiert und damit eine gewillkürte Publizität der Rechtszuständigkeit schafft, sowie die (rechtlich angeordnete) *Erschöpfung* gewisser Immaterialgüterrechte nach Ausübung einzelner Befugnisse.

ii) Die Typologie möglicher *Verletzungen von Sachenrechten* (im subjektiven Sinne) ist ausserordentlich weitgefächert, während die bei Verletzungen an den Tag tretenden Eigenheiten der Sachen als Rechtsgüter wenige sind.

So kann sich, wer unbefugt auf eine Sache einwirkt, dem Berechtigten gegenüber zufolge dessen gelockterter örtlicher Beziehung zur Sache in *relativ stabiler Position* befinden: Der Wanderer, der an einem Wintertag bei meinem Heuschöber in den Bündner Bergen während einer Viertelstunde Rast macht, sich setzt und sich dabei an die durch die Sonne erwärmte Holzwand des Schöbers lehnt, wähnt sich mit Recht in der Sicherheit, von mir – Stadtmensch – nicht erwischt zu werden. Die damit verbundene *Chance, vom Berechtigten nicht verfolgt zu werden*, stellt in dessen insofern ein atypisches Merkmal einer Sachenrechtsverletzung dar, als die Lockerung der örtlichen Beziehung vom Berechtigten typischerweise freiwillig herbeigeführt wird, die unbefugte Einwirkung auf die Sache regelmässig festgestellt und durch Vorkehren vermieden werden kann. Die Eigenart solcher Verletzungen liegt mithin nicht in der Natur der «Sache».

Die *Auswirkungen* einer Verletzung eines dinglichen Rechts dauern ferner häufig nicht länger an als die Verletzungshandlung selbst, sondern *fallen* mit ihr *dahin*, so dass ihre Sanktionierung nicht an einer bleibenden *Beeinträchtigung* oder *Einschränkung* ausgerichtet werden kann. Zu einer solchen kommt es in diesen Fällen nur dann, wenn der Berechtigte gleichzeitig und in gleicher Weise auf die Sache einwirken will. Auch das bezeugt das Beispiel des Wanderers, und auch hierin liegt eine prinzipiell und darum auch im konkreten Fall unbeachtliche Atypizität, da sie mit der örtlichen Beziehung des Berechtigten zur Sache zusammenhängt, über welche dieser typischerweise selbst befindet.

<sup>47</sup> Die Grundlagen der sonderzivilrechtlichen Rechtsfolgen einer Immaterialgüterrechtsverletzung werden hernach in allgemeiner Form anhand des «idealtypischen Immaterialgutes» entwickelt, weswegen häufig auf Urheberrechte Bezug genommen werden wird.

<sup>48</sup> Art. 11 Abs. 2 URG.

<sup>49</sup> Vgl. *Troller I* (Fn. 12), 68.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 19ff. URG: «Schranken des Urheberrechts».

<sup>51</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 2 PatG, jedoch auch dessen Absatz 1: «... gewerbmässig zu benutzen...» (Hervorhebung beigelegt).

Schliesslich führen Verletzungen dinglicher Rechte, mögen sie sich auch als anhaltende Beeinträchtigungen auswirken, *nicht* stets zu *konkreten Vermögenseinbussen*; so etwa die auf den Fliesen verschüttete Tinte. Dabei handelt es sich um eine mit dem Rechtsgut der Sache verbundene, darum beachtliche Eigenheit<sup>52</sup>.

## 2. Zur Rechtfertigung eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen

### a) Prinzipielles zur Regelung der vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen

Art. 62 Abs. 2 URG regelt die vermögensrechtlichen Folgen von Urheberrechtsverletzungen durch *Gesamtverweisung*<sup>53</sup>; in den andern Gebieten des Immaterialgüterrechts ist die Rechtslage im wesentlichen dieselbe<sup>54</sup>. Eine urheberrechtliche Eigennorm, nämlich die Verpflichtung zur Leistung einer «angemessenen Vergütung» (nach Massgabe der Lizenzanalogie), ist im Gesetzgebungsverfahren verworfen worden<sup>55</sup>. Erfasst werden von der Gesamtverweisung jene Rechtsgrundlagen, die im Zusammenhang mit der Verletzung von Rechten an körperlichen Sachen, von Forderungen und des Persönlichkeitsrechts durch Verpflichtung zu einer Geldleistung einen Ausgleich der Verletzung anstreben. Folglich impliziert die Gesamtverweisung, dass Immaterialgüter sich von den andern Rechtsgütern nicht oder doch nicht in solchem Mass unterscheiden, dass eine Sonderbehandlung bei den vermögensrechtlichen Folgen einer Immaterialgüterrechtsverletzung am Platze wäre.

<sup>52</sup> Dazu hinten III.2.b, e, f, IV.2.d und V.3.e.

<sup>53</sup> *Dessemontet* (Fn. 11), 272: «Verweisung auf das gemeine Recht». Nach *Alois Troller* (Fn. 12), I, 112) enthält das Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht dagegen «ein selbständiges System der unerlaubten Handlungen und zugleich Vorschriften, wie sie (...) wieder gutzumachen sind», ein System, das zudem «beinahe lückenlos» sei.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 2 MSchG; für den Schadenersatzanspruch: Art. 73 Abs. 1 PatG.

<sup>55</sup> Nach Art. 68 Abs. 3 des Entwurfes von 1984 zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht (BBI 1984 III 179, 243, 280) sollte der Geschädigte anstelle von Schadenersatz oder Gewinnherausgabe «unabhängig von einem Verschulden eine Vergütung verlangen» können. Diese Regel wurde wegen der *Unbestimmtheit der Voraussetzungen* und der *Höhe des Anspruchs* sowie wegen dessen *Kausalhaftungscharakter* kritisiert und findet sich bereits im Entwurf zum heute geltenden Urheberrechtsgesetz nicht mehr (vgl. BBI 1989 III 477, 566f., 629; zur Gesetzgebungsgeschichte *Nertz* [Fn. 13], 60, 113, 163). Nachdem die Vergütung nach der Lizenzanalogie gleichwohl zum gefestigten Bestand des immaterialgüterrechtlichen Sanktionenrechts gehört und ihre Festschreibung nicht aus prinzipiellen Gründen unterblieb, wird auf die Gesetzgebungsgeschichte im folgenden nicht eingegangen.

### b) Die Funktion der Gesamtverweisung auf das Zivilrecht

Der durch die Gesamtverweisung angerufene Katalog zivilrechtlicher Sanktionen bezweckt die nachträgliche Honorierung der verletzten Rechte durch *Nachteilsliquidation* und *Vorteilswegnahme*<sup>56</sup>. Das Unrecht soll *ausgeglichen*, wertmässig ungeschehen gemacht werden. Damit korreliert – wenigstens *faktisch* – eine gewisse *Präventivwirkung*. Die Rechtsunterworfenen werden zu normgemäsem Verhalten bewegt. In *normativer* Hinsicht wird der Aspekt der präventiven Steuerung überwiegend als sekundär taxiert<sup>57</sup>. Gemein ist dem Ausgleich wie der (normativ verstandenen) Steuerung das Anliegen, *wertungsmässige Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge* herzustellen<sup>58</sup>. Mittel zur Verwirklichung dieser Zielsetzung sind unter anderem *sekundäre Verhaltenspflichten*, namentlich in Form von Geldleistungspflichten. *Primär* sind die Befolgungspflicht, je nach konkretem Recht, und die aus ihr hergeleiteten Unterlassungs- und Feststellungsansprüche. Die Sekundärobligation steht in bestimmter Beziehung zur primären, welche Beziehung allenfalls mittels einer Bewertung des verletzten Rechts und entsprechender Umsetzung in Geld hergestellt wird. Von der Ausgestaltung dieser Beziehung hängt wesentlich ab, ob die Sekundärobligation die durch sie bezweckte Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge zu bewirken vermag. Dies tut sie hauptsächlich im Falle der *Naturalrestitution*. Ist eine solche möglich, so bedarf es der im übrigen zum Zuge kommenden *vollständigen geldwerten Nachteilsliquidation und Vorteilsweg-*

<sup>56</sup> Vgl. zum *Schadenersatz* allgemein *Honsell* (Fn. 23), § 1 N 63; *Rey* (Fn. 23), N 12; zur *ungerechtfertigten Bereicherung* *Eugen Bucher*: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Aufl. Zürich 1988) 653; *Walter R. Schlupe*: Über Eingriffskonditionen, in: *Mélanges Paul Piotet* (Bern 1990) 173, 193, 197; zur *Geschäftsführung ohne Auftrag* *Jörg Schmid*, in: Zürcher Kommentar, Band V/3a (Zürich 1993) Vorbemerkungen zu Art. 419–424 N 25, Art. 423 N 93; für das *Immaterialgüterrecht* *Nertz* (Fn. 13), 2, 160; vgl. auch *Dessemontet* (Fn. 11), 280; von *Graffenried* (Fn. 36), 132 ff.

<sup>57</sup> Vgl. zum Problem *Honsell* (Fn. 23), § 1 N 63, 66 ff.; *Rey* (Fn. 23), N 14f.

<sup>58</sup> Ein Blick auf die Vielfalt der Sachenrechtsverletzungen zeigt, dass solche Kongruenz allerdings nur dort anzustreben ist, wo entweder die *Verletzungshandlung selbst* oder aber ihre *Wirkung* eine wie auch immer geartete Einschränkung oder Beeinträchtigung des Berechtigten mit sich bringt; sei es, dass ich den Wanderer dabei ertappe, wie er sich an meinen Heuschöber lehnt, sei es, dass er ein Holzscheit, auf das er sich setzt, nicht mehr auf die Scheiterbeige zurücklegt. Für Immaterialgüterrechtsverletzungen ist eine solche Einschränkung des Anliegens der Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge gegenstandslos, da sie *stets* eine irreparable Beeinträchtigung des subjektiven Rechts bewirken (vgl. vorn III.1.a, iv).



nahme grundsätzlich nicht; die Sekundärobligation ist erfüllt<sup>59</sup>.

Die Gesamtverweisung des Immaterialgüterrechts auf das gemeine Zivilrecht offenbart nach dem eben Ausgeführten einen gewichtigen *teleologisch-funktionalen Gehalt*: Beitrag zum Funktionieren der Immaterialgüterrechtsordnung durch vermögensrechtlichen Rechtsschutz. Sollte der Sanktionenkatalog des allgemeinen Zivilrechts bei herkömmlicher Interpretation der einzelnen Anspruchsgrundlagen *nicht* hinreichen, diesen Beitrag für Immaterialgüterrechte genauso effektiv zu leisten wie für dingliche Rechte, Forderungen und Persönlichkeitsrechte – davon wird einstweilen ausgegangen –, so fragt es sich, wie dem zu begegnen sei, nachdem der Gesetzeswortlaut für eine Erweiterung des Sanktionenkataloges keine Basis abgibt.

### c) *Methodologische Aspekte richterlicher Rechtsfortbildung*

Sieht das Gesetz eine erforderliche Anordnung nicht vor, ist es *planwidrig unvollständig*<sup>60</sup>, so enthält es eine *Lücke*<sup>61</sup>. Ob eine Anordnung erforderlich, eine Unvollständigkeit planwidrig ist, wird durch *Auslegung* ermittelt<sup>62</sup>. Ihre Regeln werden hier nicht wiedergegeben. Dafür sollen – pragmatisch und ergebnisgeneigt<sup>63</sup>, dem Postulat der Methodentransparenz verpflichtet – vier Aspekte der richterlichen Rechtsanwendung und Rechtsschöpfung hervorgehoben werden:

i) Bei der Feststellung und Füllung von Lücken ist der *Systemgedanke* von überragender Bedeutung<sup>64</sup>, da Planwidrigkeit des Fehlens einer Regelung häufig unvollständige Entfaltung des «inneren Systems» bedeutet: des nach aussen unbegrenzten, im Innern allseitigen, geordneten, harmonischen Zusammenspiels von Wertungsprin-

zipien. Ist eine Regel systemkonform, so ist sie verallgemeinerungsfähig, realisiert sie Gleichheit<sup>65</sup> – wobei hier wie andernorts (nur) eine relative Gleichbehandlung von Sachverhalten angestrebt wird («Gleiches *nach Massgabe seiner Gleichheit* gleich behandeln») – und entspricht damit der Rechtsidee schlechthin<sup>66</sup>.

ii) Der Umfang richterlicher Rechtsschöpfungskompetenz kann als *staatsrechtliches Problem* angegangen werden. «Der Balancegedanke des Prinzips der Gewaltenteilung bestimmt (...) die Gesetzesauslegung»<sup>67</sup>. Aus dieser Warte ist die richterliche Rechtsschöpfungskompetenz auf *taktische* Fragen beschränkt, wogegen dem Gesetzgeber die Rolle des *Strategen* zukommt<sup>68</sup>. Geht es um die *Vervollkommnung einer gesetzgeberisch vorgezeichneten Werteordnung*, nicht um die legislative Sanktionierung *neuer* Werte, kann nach genanntem Kriterium der Richter meines Erachtens grundsätzlich eine Rechtsschöpfungskompetenz beanspruchen.

iii) Der Wortlaut – auch der sogenannte «klare» – hat gegenüber dem teleologischen Auslegungselement grundsätzlich dann zurückzutreten, wenn der mit der auszulegenden Norm verfolgte, *eindeutige, historische wie gegenwärtige Zweck* bei wörtlicher Auslegung nicht verwirklicht würde, das in der Norm geregelte Institut «toter Buchstabe bliebe»<sup>69</sup>. In solchen Fällen der Kollision zwischen *ratio* und *verbum* hat erstere in aller Regel vorzugehen<sup>70</sup>.

iv) Endlich ist auf die besonderen Probleme hinzuweisen, die die Auslegung von Verweisungsnormen aufwirft, im besonderen von *Gesamtverweisungsnormen*. Mit Gesamtverweisungen sollen Normen umfassenden Gehalts zwecks möglicher Geschlossenheit der Rechtsordnung auf andere Rechtsgebiete übertragen werden<sup>71</sup>. Sie sind eine Gesetzestechnik zur Herstellung von Kohärenz im «inneren System» der Rechtsordnung. Dieser Zweck der Verweisungsnorm – nicht nur der Zweck der Nor-

<sup>59</sup> Für einen Anwendungsfall des (nicht uneingeschränkte Geltung beanspruchenden) Primats der Naturalrestitutionsansprüche, vgl. hinten V.2.b, ii.

<sup>60</sup> Vgl. *Claus-Wilhelm Canaris*: Die Feststellung von Lücken im Gesetz (2. Aufl. Berlin 1983) 30.

<sup>61</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 ZGB.

<sup>62</sup> *Arthur Meier-Hayoz*, in: Berner Kommentar, Einleitung (Bern 1962) Art. 1 N 255 f. – Die Grenzziehung zwischen Auslegung und Lückenfüllung (und damit deren Sonderung) ist mit BGE 121 III 219, 224 ff. Erw. 1d, aa nicht aufgegeben, allenfalls – je nach früherer Übung – leicht verschoben worden, so dass der Bereich der Auslegung nun grösser ist.

<sup>63</sup> So vorzugehen bedeutet keine Missachtung der Regeln der juristischen Methode, sondern entspricht deren anerkannter praktischer Handhabung (vgl. *Roger Zäch*: Tendenzen der juristischen Auslegungslern, ZSR 1977 I 313, 314 ff.).

<sup>64</sup> Vgl. zum Systemgedanken *Claus-Wilhelm Canaris*: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl. Berlin 1983) 95 ff., 99 f.; *Peter Forstmoser/Walter R. Schlupe*: Einführung in die Rechtswissenschaft, Band I: Einführung in das Recht (2. Aufl. Bern 1998) § 15 N 103, 116 ff.; *Hans Peter Walter*: Splitterndes Privatrecht, recht 1997 1 ff.

<sup>65</sup> «Gleichartige Tatbestände erheischen nach Möglichkeit ein gleichartiges rechtliches Verständnis, da dem Gesetzgeber das Streben nach Folgerichtigkeit und nach Vermeidung von Widersprüchen zu unterstellen ist» (BGE 120 II 112, 114 Erw. 3b).

<sup>66</sup> Vgl. *Walter* (Fn. 64), 8.

<sup>67</sup> BGE 121 III 219, 224 Erw. 1d, aa.

<sup>68</sup> *Arthur Meier-Hayoz*: Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, Juristenzeitung 1981 417, 421.

<sup>69</sup> BGE 121 III 219, 232 Erw. 1d, cc.

<sup>70</sup> Problematischer sind jene Fälle einer Kollision zwischen dem grammatikalischen und dem teleologischen Auslegungselement, in denen der Richter einen «Wandel des Normsinns» diagnostiziert (vgl. dazu *Regina Ogorek*: Der Wortlaut des Gesetzes – Auslegungsgrenze oder Freibrief, in: Rechtsanwendung in Theorie und Praxis, Symposium zum 70. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz [Basel 1993] 21, 26 ff.).

<sup>71</sup> Vgl. *Hans-Peter Friedrich*, in: Berner Kommentar, Einleitung (Bern 1962) Art. 7 N 41.

men, auf die verwiesen wird – ist bei ihrer Auslegung im Auge zu behalten. Da auf Normen eines in der einen oder andern Hinsicht verschiedenen Rechtsgebietes verwiesen wird, kann der Zweck der Verweisungsnorm nur mit der Auflage einer bloss sinngemässen Rechtsanwendung verwirklicht werden. Sinngemässe Anwendung aber bedeutet in einem ersten Schritt – vor einer Anpassung der Regel, auf die verwiesen wird – allenfalls Nichtanwendung. Verweisungsnormen sind aus diesem Grund besonders lückenträchtig<sup>72</sup>. Zur Füllung solcher Lücken ist der Richter kompetent, da sie der vollständigen Verwirklichung des in der Verweisungsnorm angelegten Planes dient.

d) *Die begrenzte Bindung des Immaterialgüterrechts an das «allgemeine Privatrecht»*

Von vielfacher Seite wird die «Bindung des Immaterialgüterrechts an das allgemeine Privatrecht» gefordert<sup>73</sup>; dies, obwohl sich «die Immaterialgüter als Rechtsobjekte gegen ihr Einreihen in die traditionelle dogmatische Ordnung» «widerspenstig (...) verhalten.»<sup>74</sup> Zur Begründung wird angeführt, die «systematische Verbindung zum Zivil-, insbesondere zum Sachenrecht» ergebe sich «aus der Existenz absoluter Rechte, die von Fall zu Fall verletzt werden, worauf aus diesen Verletzungshandlungen selbständige Deliktsobligationen entstehen»<sup>75</sup>. «Sobald man die Wesensverschiedenheit der geschützten Güter» – gemeint sind einerseits die Sachen, andererseits die Immaterialgüter – «nicht vergisst und sich über sie im Drang nach der systematischen Geschlossenheit der Ordnung nicht hinwegsetzt, kann das Hervorheben der Verwandtschaft zwischen der Herrschaft an den körperlichen Sachen und derjenigen an den unkörperlichen Sachen nur von Nutzen sein.»<sup>76</sup>

Gleichwohl «ist die Versuchung zu meiden, aus dem Eigentum an körperlichen Sachen

Gründe für die Regelung des geistigen Eigentums abzuleiten, die der geistigen Eigenart der Schutzobjekte nicht angepasst sind»<sup>77</sup>. Die Eigenart der Immaterialgüter ist, wie gezeigt, von jener der Sachen grundverschieden. So verschieden, dass vom *Prinzip* auszugehen ist, wonach *auf Immaterialgüter das «allgemeine Privatrecht» stets (aber nur) dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn Eigenarten, welche die Immaterialgüter gegenüber Sachen auszeichnen, für die anstehende Rechtsfrage funktional relevant sind.* Ziel dieses Prinzips ist es, wenn immer möglich die im «allgemeinen Privatrecht» angelegten Wertentscheide derart ins Immaterialgüterrecht überzuführen, dass sie in diesem Rechtsgebiete die gleichen Wirkungen zeitigen wie in jenem. Auf diese Weise entsteht für einzelne Rechtsfragen ein Sonderzivilrecht für Immaterialgüter.

Methodologisch betrachtet kann es sich dabei um eine «immaterialgüterkonforme» Auslegung oder aber um Schaffung eines Sonderrechts *modo legislatoris* handeln<sup>78</sup>. Beide Vorgehensweisen sollten einer typologischen Betrachtung der Immaterialgüter verpflichtet sein. Die «immaterialgüterkonforme» Auslegung bzw. der Sonderrechtscharakter sollte überdies stets offengelegt werden, um nicht das «allgemeine Privatrecht» aus Anlass von Fragestellungen «weiterzuentwickeln», die für dieses undenkbar oder wenigstens atypisch sind.

Als *Beispiel* für sonderzivilrechtliche Behandlung sei der *gutgläubige Rechtserwerb* genannt: Dieser wird nach «allgemeinem Privatrecht» regelmässig an die Publizität der Rechtszuständigkeit desjenigen geknüpft, von dem unmittelbar erworben werden soll<sup>79</sup>. Da der Berechtigung an Immaterialgütern im «Naturzustand» jegliche Publizität mangelt, gehorcht der gutgläubige Erwerb besonderen (sonderzivilrechtlichen) Regeln<sup>80</sup>. Eignige Erkenntnis darf man sich auch von der Be-

<sup>72</sup> Vgl. *Forstmoser/Schlupe* (Fn. 64), § 15 N 67, § 14 N 19.

<sup>73</sup> *Nertz* (Fn. 13), 3, vgl. auch S. 4, 11, 87; *François Dessemontet*: L'enrichissement illégitime dans la propriété intellectuelle, in: *Recht und Wirtschaft heute*, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer (Bern 1980) 191, 201: «La propriété intellectuelle est un champ labouré par des spécialistes qui courent en permanence le risque de s'écarter des principes généraux du droit privé»; im besonderen den *Schadenersatzanspruch* betreffend: S. 7 des Urteils des Zürcher Obergerichts (vgl. vorn I.2.); *Troller I* (Fn. 12), 112, der feststellt, die Autonomie des immaterialgüterrechtlichen Deliktsrechts führe zu unerwünschten Abweichungen von den Bestimmungen des Obligationenrechts; des weiteren *Barrelet/Egloff* (Fn. 5), Art. 62 N 11 f.; *David* (Fn. 14), 114.

<sup>74</sup> *Troller I* (Fn. 12), 49.

<sup>75</sup> *Troller I* (Fn. 12), 112.

<sup>76</sup> *Troller I* (Fn. 12), 91, im Zusammenhang mit der Deutung des Immaterialgüterrechts als dem Recht des «geistigen Eigentums».

<sup>77</sup> *Troller I* (Fn. 12), 104; vgl. auch *Druey* (Fn. 26), 93 ff., unter dem Titel: «Das Verbot der Analogie zur körperlichen Sache», allerdings nicht spezifisch über Immaterialgüter, sondern Information schlechthin; zum Verhältnis von Immaterialgüterrechten und sachenrechtlichen Grundprinzipien *Conrad Weinmann*: Die Rechtsnatur der Lizenz (Diss. Zürich 1996) 312 ff.

<sup>78</sup> Vgl. auch *Reto M. Hilty*: Rechtsdogmatisches zur Übertragung von Urheberrechten und gewerblichen Schutzrechten, insbesondere zur Frage des Gutgläubenschutzes obligatorisch Berechtigter, *SMI* 1992 211, 219, der im Zusammenhang mit der Übertragung von Immaterialgüterrechten fordert, das Bundesgericht habe die Übertragungsregeln in den einzelnen Immaterialgüterrechtsgesetzen «in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB unter Abwägung aller Interessen zu einem in sich kohärenten System zusammenzuführen».

<sup>79</sup> Für *Sachen*, vgl. *Emil W. Stark*, in: *Berner Kommentar*, Band IV/3/1 (2. Aufl. Bern 1984) Vorbemerkungen Rechtsschutz Art. 930–937 N 23 und 29, Art. 933 N 55 ff.; für *Forderungen* zuletzt *Hans Caspar von der Crone*: Zession: kausal oder abstrakt?, *SJZ* 1997 249, 252.

<sup>80</sup> Vgl. *BGE* 117 II 463, 465 *Erw.* 3.

trachtung der *Lizenz* und der *rechtsgeschäftlichen Übertragung von Immaterialgüterrechten* aus sonderzivilrechtlicher Warte versprechen.

e) *Der Vergleich ähnlicher Tatbestände als methodisches Gebot*

Trotz der wesensmässigen Unterschiede zwischen Sachen und Immaterialgütern sind deren Gemeinsamkeiten im Auge zu behalten. Jedenfalls sind, wo Vergleiche zwischen Sachen und Immaterialgütern angestellt werden, möglichst ähnliche Tatbestände einander gegenüberzustellen. Nur so können aus der Ordnung über die dinglichen Rechte (als einem Teil des «allgemeinen Privatrechts») zuverlässige Schlüsse im Hinblick auf eine Sonderordnung der Immaterialgüter gezogen und kann *Systemkonformität* – der eindringlichste Imperativ des Sonderzivilrechts für Immaterialgüter – hergestellt werden.

Das Gesagte gilt im besonderen für *Verletzungstatbestände*: Eine Immaterialgüterrechtsverletzung besteht in einer unbefugten, aber stets *bestimmungsgemässen* Verwendung einer Information. Sie vermittelt dem Verletzer notgedrungen jene Vorteile, die das Immaterialgut überhaupt zu verschaffen fähig ist. Jedoch führt sie nicht unmittelbar und nicht notwendig zu einer konkreten Vermögenseinbusse und schränkt den Berechtigten in seiner Nutzung nicht ein. Sachenrechte dagegen können durch *bestimmungsgemässes* Verhalten – Verbrauch, Gebrauch –, aber ebenso durch *nicht bestimmungsgemässes* Verhalten verletzt werden, so etwa durch Beschädigung. Wird eine Sache durch ein nicht ihrer Bestimmung gemässes Verhalten verletzt, so erlangt der Verletzer die Vorteile der Sachnutzung nicht. Ersetzt in einem solchen Fall der Verletzer die beim Verletzten eingetretene Vermögenseinbusse, so sind dadurch die Nachteile beim Verletzten liquidiert, und es verbleiben dem Schädiger keine Vorteile. Die Schadenersatzleistung bewirkt eine Verlagerung des Nutzenverlustes auf den Schädiger, womit dieser letzten Endes eine Schlechterstellung erfährt.

Mit Immaterialgüterrechtsverletzungen vergleichbar (aber gleichwohl nicht identisch) sind infolgedessen *a priori* nur Verletzungen von Sachenrechten, wodurch der Verletzer – entsprechend einer Immaterialgüterrechtsverletzung – die (unmittelbaren) Vorteile aus der Sache durch bestimmungsgemässes Verhalten erlangt, ohne gleichzeitig den Berechtigten zu schädigen und ihn in seiner Nutzung einzuschränken. Das trifft etwa auf das *widerrechtliche Bewohnen einer vom Eigentümer nicht mehr genutzten Wohnlie-*

*genschaft*, die Hausbesetzung also, zu. Die Hausbesetzung ist eine der Struktur der Immaterialgüterrechtsverletzung maximal angenäherte Sachenrechtsverletzung<sup>81</sup>.

f) *Das vermögensrechtliche Sanktionensystem als Teil eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüter*

Die unbefugte Nutzung eines Immaterialgutes wirkt sich nicht unmittelbar im Vermögen des Berechtigten oder des unbefugt Nutzenden konkret aus, kann dafür immaterielle Beeinträchtigungen verursachen und immaterielle Vorteile vermitteln, wird aber nicht notwendig von (mittelbaren) konkreten Vermögensfolgen begleitet. Eine reale Wiedergutmachung fällt ausser Betracht. Dagegen stellt eine unbefugte Einwirkung auf eine Sache grundsätzlich (nur) einen für das Vermögen konkret bedeutsamen Tatbestand dar, womit die Rechtsverletzung nicht von der Vermögenseinbusse abgegrenzt zu werden braucht. Tritt keine Vermögenseinbusse ein, so stehen dem Berechtigten regelmässig die Naturalrestitutionsansprüche zu Gebote<sup>82</sup>.

Diese *Unterschiede* sind *funktional relevant* hinsichtlich eines Sanktionensystems, dessen Instrumentarium der Geldleistungspflichten im Prinzip auf Grund von *konkreten Ereignissen im Vermögen* zum Tragen kommt<sup>83</sup>. Da solche bei Immaterialgüterrechtsverletzungen nicht unmittelbar und nicht notwendig, aber auch nicht ausschliesslich eintreten, sind *deliktische, Konditions- und Gestionsansprüche von vorneherein nicht voraussetzungslos geeignet, im Immaterialgüterrecht die Funktion der Sekundärobligation zu übernehmen*. Die Anspruchsgrundlagen des gemeinen Zivilrechts knüpfen – jedenfalls bei herkömmlicher Auslegung – nicht an die Beeinträchtigung der abstrakten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten, nicht an immaterielle Beeinträchtigungen und Vorteile an, kurz: nicht an die Verletzung des subjektiven Immaterialgüterrechts. Daran krankt die Vorstellung, die vermögensrechtlichen Anspruchsgrundlagen des «allgemeinen Privatrechts» könnten im Immaterial-

<sup>81</sup> Aus dem Vergleich einer Immaterialgüterrechtsverletzung mit einer Hausbesetzung können zwei wichtige Einsichten gewonnen werden; vgl. hinten IV.2.d und V.3.e.

<sup>82</sup> Soweit das Anliegen der Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge überhaupt zum Tragen kommt; vgl. Fn. 58.

<sup>83</sup> Dagegen ist die Ausgestaltung sowohl der Sachen- wie auch der Immaterialgüterrechte als *absolute Rechte keine funktional relevante Gemeinsamkeit*, aus der sich die Anwendbarkeit des allgemeinen zivilrechtlichen Sanktionensystems auf Immaterialgüterrechtsverletzungen ergäbe. Diesen Schluss legt nicht zuletzt die Tatsache nahe, dass die Verletzung der Persönlichkeit – eines absolut geschützten Rechtsgutes – spezifische vermögensrechtliche Rechtsfolgen auslöst (Sonderzivilrecht für die Persönlichkeit!).

güterrecht die Funktion der Sekundärobligation mit gleichem Wirkungsgrad wie im «allgemeinen Privatrecht» erfüllen, wo die Rechtsverletzung in der Regel mit der Vermögenseinbusse, an die angeknüpft wird, einhergeht oder aber real beseitigt werden kann.

Der vermögensrechtliche Sanktionenkatalog des Immaterialgüterrechts ist demzufolge *unvollständig*: Er sieht nicht alle Ansprüche vor, deren es bedarf, um durch Sekundärobligationen Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge herzustellen. Soll zwischen der Immaterialgüterrechtsordnung und der Ordnung der dinglichen Rechte hinsichtlich ihres Schutzes durch Sekundärobligationen Konformität der Wertungen hergestellt werden<sup>84</sup>, dann ist die Unvollständigkeit des Sanktionenkataloges eine *planwidrige*. Zur Vervollkommnung des Plans sind die vermögensrechtlichen Sanktionen einer Immaterialgüterrechtsverletzung derart auszugestalten, dass sie *ungeachtet einer konkret feststellbaren Vermögensveränderung* auf der Seite eines Beteiligten zum Zuge kommen – dem entspricht die *Lizenzanalogie* – und auch *immaterielle Beeinträchtigungen und Vorteile ausgleichen* – das leistet der *Verletzerzuschlag*.

Auf diese Weise wird eine vom Gesetzgeber im «allgemeinen Privatrecht» wiederholt geäußerte Wertung – Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge – ins Immaterialgüterrecht hineingetragen, Systemkonformität und Gleichbehandlung («*Ungleiches* nach Massgabe seiner Ungleichheit *ungleich* behandeln») durch teleologisch-funktionales, damit wirkungsorientiertes Rechtsdenken realisiert. Der eindeutige Zweck der Verweisung auf das gemeine Zivilrecht sollte nicht durch ein rigoros literales Normverständnis (getreu dem «*dura lex, sed lex*») vereitelt werden, die Verweisungsnorm nicht teilweise «toter Buchstabe» bleiben. Der Richter ist darum nach meinem Dafürhalten befugt, die Lücke im Sanktionenkatalog zu füllen und das hier postulierte Sonderzivilrecht zu schaffen<sup>85, 86</sup>.

<sup>84</sup> Dass dies geschehen soll, ist offensichtlich der Schlüsselentscheid und ein anfechtbares Werturteil.

<sup>85</sup> Gegenteiliger Ansicht *Dessemontet* (Fn. 11), 274: «Wenn man also andere Ansprüche zulässt, könnte man sie auch auf andere Definitionen der widerrechtlichen Handlung stützen. Diese äusserste Konsequenz der Annahme selbständiger Ansprüche läuft indes dem Grundsatz der *lex specialis* zuwider, der das gewerbliche Eigentum beherrscht: Die besonderen Gesetze, die die Immaterialgüterrechte schaffen, legen deren Grenzen erschöpfend fest.» – Dem wird hier entgegengehalten, dass eine widerrechtliche Handlung im Bereiche des Immaterialgüterrechts bereits ihrer Natur nach von einer solchen des gemeinen Rechts in funktional relevanter Hinsicht – nämlich hinsichtlich der Frage, ob eine Verletzung unmittelbar konkrete Vermögensfolgen auslöst und ob die Folgen sich allein im Vermögen niederschlagen – verschieden ist. In positivem Sinn beantwortet wird hier die Anschlussfrage, ob diese Ver-

### 3. Zum Verhältnis von «allgemeinem Privatrecht» und Sonderzivilrecht im Bereiche der Immaterialgüterrechtsverletzungen

#### a) Die Anwendbarkeit des «allgemeinen Privatrechts» auf Immaterialgüterrechtsverletzungen

Unstreitig ist – auch – das «allgemeine Privatrecht» auf Immaterialgüterrechtsverletzungen anwendbar. In den meisten Fällen genügt denn auch die ausschliessliche Anwendung des vermögensrechtlichen Sanktionensystems des «allgemeinen Privatrechts» zur vermögensmässigen Beseitigung der Folgen einer Immaterialgüterrechtsverletzung. Verbreitet wird allerdings ein Ungenügen dieser Rechtsfolgen beklagt<sup>87</sup>, hauptsächlich wegen der Schwierigkeiten des Schadensnachweises und der Schadensberechnung<sup>88</sup>.

#### b) Das doppelte Sanktionensystem für Immaterialgüterrechtsverletzungen

Das Schielen nach besonderen vermögensrechtlichen Folgen einer Immaterialgüterrechtsverletzung lässt sich meines Erachtens mit den Besonderheiten der Immaterialgüter erklären und rechtfertigen: Wie bemerkt, lösen Immaterialgüterrechtsverletzungen nur mittelbar und nicht notwendig – wenn auch regelmässig – konkrete Vermögensfolgen aus; daneben hat der Verletzte in vielen Fällen immaterielle Beeinträchtigung erlitten. Das «*allgemeine Privatrecht*» befasst sich allein mit den *mittelbaren, vermögensmässigen Auswirkungen* von Schutzrechtsverletzungen. Treten solche in genügendem Ausmass ein, realisiert der Verletzer etwa einen beträchtlichen Ge-

schiedenheit beachtet zu werden verdient. Mithin wird in Zweifel gezogen, dass die Immaterialgüterrechtsgesetze die Grenzen eigenständiger Beurteilung der Immaterialgüter erschöpfend festlegen.

<sup>86</sup> Nur in einer Fussnote sei angemerkt, dass ein wirksamer Schutz der Immaterialgüterrechte auch aus der *Verfassung* hergeleitet werden kann: Die konstitutiv-institutionell verstandene *Eigentumsgarantie* (Art. 22<sup>ter</sup> BV) – in deren Schutzbereich Immaterialgüterrechte fallen (*Georg Müller*, in: *Jean-François Aubert* et al. [Hrsg.]: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 [Basel/Zürich/Bern 1987 ff.] Art. 22<sup>ter</sup> Rz. 2) – schützt den Bürger in der Ausübung seiner subjektiven Vermögensrechte auch vor Störungen durch seine Mitbürger (vgl. das Bundesgericht in ZBl 1993 378, 379f., eine Hausbesetzung betreffend). Soweit überdies der wirksame Schutz der Immaterialgüterrechte ein Gebot unserer im Grundsatz marktwirtschaftlichen *Wirtschaftsverfassung* (Art. 31 ff. BV) ist, stellt er auch eine Aufgabe eines funktional begriffenen Wirtschaftsrechts dar. Der Richter, der Immaterialgüterrechten sonderzivilrechtlichen Schutz verleiht, verwirklicht somit ein Stück Verfassungsrecht.

<sup>87</sup> Vgl. *David* (Fn. 14), 11: «Missstand beim Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht», ferner S. 115 ff.; vgl. auch *Nertz* (Fn. 13), 92.

<sup>88</sup> Vgl. *Dessemontet* (Fn. 11), 281; *Fischer* (Fn. 10), 10, 36 ff.; *Nertz* (Fn. 13), 7 ff.

winn, so stellt dessen Herausgabe einen gerechten Ausgleich für die erlittene Immaterialgüterrechtsverletzung dar<sup>89</sup>. In einem solchen Fall stehen die Ersatzansprüche des «allgemeinen Privatrechts» jedoch in Relation zur Vermögensveränderung, nicht zur Immaterialgüterrechtsverletzung. Die *sonderzivilrechtlichen Sekundäransprüche* knüpfen dagegen *unvermittelt an die Immaterialgüterrechtsverletzung an*, nicht an Vermögensveränderungen. Sie bilden zusammen mit den Ausgleichsansprüchen des «allgemeinen Privatrechts» ein doppeltes Sanktionensystem für Immaterialgüterrechtsverletzungen.

c) *Konkurrenz der Ansprüche aus «allgemeinem Privatrecht» und jener auf Grund des Sonderzivilrechts*

Die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsfolgen einer Immaterialgüterrechtsverletzung auf Grund «allgemeinen Privatrechts» zu den hernach zu entwickelnden Rechtsfolgen des Sonderzivilrechts für Immaterialgüter ist in den Grundzügen wie folgt zu beantworten: Dem Schutzrechtsinhaber stehen einerseits die Ansprüche des Sonderzivilrechts zu. Sind andererseits die Tatbestandsmerkmale eines Leistungsgrundes des «allgemeinen Privatrechts» verwirklicht, so kommen auch diese Rechtsfolgen dem Berechtigten zugute. Der Träger des Immaterialgüterrechts hat in einem solchen Fall die Wahl, *alternativ* die einen oder anderen Rechtsfolgen herbeizuführen. Ist der konkret berechnete Schaden oder ein konkret erzielter Gewinn grösser als die hier postulierte «angemessene Vergütung» (bestehend aus dem nach der Lizenzanalogie bestimmten Teilbetrag und dem Verletzerzuschlag) und kann dieser Schaden bzw. Gewinn bewiesen werden, so wird der Berechtigte die entsprechenden Ansprüche des «allgemeinen Privatrechts» geltend machen. Andernfalls steht ihm offen, die «angemessene Vergütung» zu fordern.

Was eine *Kombination der beiden Rechtsfolgenregime* anlangt, so ist jedenfalls zulässig, die nach der Lizenzanalogie errechnete Vergütung zu fordern und danebst einen konkreten Schaden geltend zu machen. Dabei darf es jedoch *nicht* zu einer *Kumulation* kommen: Die durch die Lizenzanalogie vollzogene Entgeltung für die Fremdbeanspruchung der *abstrakten* Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten muss bei der *konkreten Schadensberechnung* berücksichtigt werden, soweit sich die beiden Ausgleichsleistungen auf dieselbe Einbusse beziehen (was vornehm-

lich Fälle entgangenen Gewinns betrifft). Der Anspruch auf Ersatz des konkreten Schadens wird in entsprechender Höhe durch jenen auf die Vergütung nach der Lizenzanalogie konsumiert, und *vice versa*. Weniger aus dogmatischen als aus rechtspolitischen Gründen wird man auch den Verletzerzuschlag nicht kumulativ zusprechen dürfen; es ist maximal die «angemessene Vergütung» oder *allein* der höhere, nach «allgemeinem Privatrecht» geschuldete Betrag zu leisten.

#### IV. Zur Lizenzanalogie

##### 1. Zur Einordnung der Lizenzanalogie in das System des «allgemeinen Privatrechts»

###### a) *Die Lizenzanalogie als Methode abstrakter Schadensberechnung*

Die Lizenzanalogie wird vom Bundesgericht und vom Zürcher Obergericht wohl als eine Methode der Schadensberechnung verstanden<sup>90</sup>. Eine andere rechtliche Fundierung der nach der Lizenzanalogie errechneten Vergütung wird nicht erwogen<sup>91</sup>. Als Schadensberechnungsmethode erlaubt die Lizenzanalogie dem verletzten Schutzrechtsinhaber, seinen konkret kaum nachweisbaren Schaden abstrakt als *lucrum cessans* nach Massgabe eines zu Unrecht nicht abgeschlossenen Lizenzvertrages zu berechnen. Es wird der Abschluss eines Lizenzvertrages im konkreten Fall fingiert und damit zur (nachträglichen) Zahlung der Lizenzgebühr verpflichtet. Nach dem *Gleichstellungsgrundsatz* soll der Verletzer nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden, als wenn er um eine Erlaubnis beim Berechtigten nachgesucht hätte. Auszugehen ist bei alledem von vernünftigen Vertragspartnern, die dem

<sup>90</sup> BGE 122 III 463, 464 Erw. 5b, ebenso in der nicht amtlich publizierten Erw. 5a; dagegen ist in den Regesten von «dem nach der Methode der Lizenzanalogie bemessenen Schadenersatz» – also Schadenersatzbemessung, nicht Schadensberechnung – und auf S. 467 Erw. 5c, cc von «Schadens- und Ersatzbemessung» die Rede. Vgl. sodann S. 8f. des Urteils des Zürcher Obergerichts, wo allerdings auch von «Schadenersatzbemessung» gehandelt wird. – Zur bisherigen Verbreitung der Schadensberechnung anhand von Lizenzgebühren in der schweizerischen Gerichtspraxis (vgl. nämlich bereits BGE 59 II 85, 88): Nertz (Fn. 13), 26ff. und 67, bei und in Fn. 6; vgl. auch Dessemontet (Fn. 11), 273ff.; von Graffenried (Fn. 36), 125ff.; umfassender Literatur- und Rechtsprechungsnachweis auch bei Christoph von Graffenried: Schadenersatz und Gewinnherausgabe sind als fiktive Lizenzen zu berechnen, in: Binsenwahrheiten des Immaterialgüterrechts, Festschrift für Lucas David (Zürich 1996) 225.

<sup>91</sup> Dazu einlässlich Nertz (Fn. 13), 71ff. (fiktive Lizenzgebühr als Schaden selbst), 89ff. (kondiktionsrechtlicher Begründungsver-such), 123ff. (gestionsrechtliche Untermauerung), 141ff. (Lizenzanalogie als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen»), mit durchwegs *negativem* Befund.

<sup>89</sup> Vgl. Nertz (Fn. 13), 130.

lizenzieren Recht den Verkehrswert beimessen. Indizien für einen solchen Verkehrswert können sich aus brancheneinschlägigen Tarifen ergeben, daneben aber auch aus vergleichbaren, tatsächlich abgeschlossenen Lizenzverträgen. Schliesslich soll eine ganze Reihe von Einzelumständen – worunter der Schutzzumfang des Immaterialgüterrechts und bei Kennzeichen der Grad der Verwechslungsgefahr – den Umfang der fiktiven Lizenzgebühr mitbestimmen<sup>92</sup>.

Eine Vergütung in entsprechender Höhe wird auch ohne Nachweis eines Schadens zugestanden. Es brauchen nicht einmal Tatsachen glaubhaft gemacht zu werden, die einen Schadenseintritt nach Art. 42 Abs. 2 OR als wahrscheinlich vermuten lassen<sup>93</sup>. Auf eine tatsächliche Vermögensseinbusse kommt bei dieser Schadensberechnungsmethode nichts an; es wird gleichsam ein Mindestschaden angenommen<sup>94</sup>. So ist belanglos, ob der Berechtigte selbst die (widerrechtlich gemachte) Nutzung für sich hätte vornehmen können und wollen, ebenso, ob die Parteien zum Abschluss eines Lizenzvertrages bereit gewesen wären. Dementsprechend entfällt auch das Erfordernis der Kausalität zwischen Verletzung und Schadenseintritt bzw. Schadenshöhe<sup>95</sup>.

*b) Das Verhältnis der Lizenzanalogie zu konkret berechneten Schäden*

Über die Vergütung im Umfang der Lizenzanalogie hinausgehende, konkret berechnete Schäden können nach allgemeinem Schadenersatzrecht liquidiert werden<sup>96</sup>. Dabei handelt es sich um Schäden, die bei Abschluss eines Lizenzvertrages nicht eingetreten wären, wie etwa solche wegen Rufschädigung und Marktverwirrung sowie Kosten der Marktüberwachung<sup>97</sup> und der Rechtsverfolgung<sup>98</sup>. Die Lizenzanalogie versagt somit bei der Berechnung allen real eingetrete-

nen und nach Massgabe von Art. 41 ff. OR zu ersetzenden Schadens.

*c) Die Einwände gegen die Qualifikation der Lizenzanalogie als Schadensberechnungsmethode*

Die Einwände, die namentlich *Christoph Nertz*<sup>99</sup> gegen die Qualifikation der Lizenzanalogie als Schadensberechnungsmethode vorträgt, sind durchschlagend. *Nertz* weist nach, dass hier in Wahrheit Schadenersatz mitunter ohne Vorliegen eines Schadens zu leisten ist, es jedenfalls an einem konkreten Zusammenhangserfordernis zwischen Verletzung und Schadenseintritt sowie zwischen Schadenshöhe und Höhe der Ersatzforderung mangelt, was zu Verletzungen des schadenersatzrechtlichen Bereicherungsverbots führen kann<sup>100</sup>. Sodann findet auch keine wirkliche Schadensschätzung statt, wie sie in Fällen nicht konkret nachweisbaren Schadens angezeigt ist<sup>101</sup>. Überzeugend schliesslich, dass mit der Lizenz auch an den Gewinnen des Lizenznehmers partizipiert werden soll<sup>102</sup>, für eine Teilhabe an den Vorteilen des Verletzers aber nicht das Schadenersatzrecht zuständig ist.

*d) Die Lizenzanalogie als Methode zur Bestimmung eines «normativen Schadens»*

Näheres Hinsehen verdient der Versuch, die nach der Lizenzanalogie zu erstattende Vergütung als Ersatzforderung für «normativen Schaden» zu qualifizieren.

*i)* «Normativer Schaden» besagt (nur), dass der Bejahung eines Schadens eine Wertung vorangeht<sup>103</sup>, womit ein Gegensatz zur Feststellung von Schäden nach dem «natürlichen» Schadensbegriff betont werden soll. Aus dem Zweck der Schadenersatznorm soll sich ergeben, was als «Schaden» zu ersetzen ist<sup>104</sup>. «Normativer Scha-

<sup>92</sup> Zu allem Gesagten namentlich *Fischer* (Fn. 10), 85ff. und *Nertz* (Fn. 13), 21 ff.; sodann *Dessemontet* (Fn. 73), 211; *derselbe* (Fn. 11), 275; *Troller II* (Fn. 12), 988 ff.

<sup>93</sup> Das Zürcher Obergericht (als Tatsacheninstanz) äussert sich im zum Ausgangspunkt dieses Aufsatzes gemachten Fall (vgl. vorn I.1. und I.2.) nicht zur Frage einer tatsächlich eingetretenen Vermögensseinbusse, und es hat – aus dem Urteilstext zu schliessen – die Klägerin keine entsprechenden Tatsachen behauptet.

<sup>94</sup> Vgl. das Kantonsgesetz St. Gallen in SMI 1985 233, 237 Erw. 5: «untere Limite für die Schadenersatzbemessung»; vgl. auch *Dessemontet* (Fn. 11), 275; *Nertz* (Fn. 13), 161.

<sup>95</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 10), 85 f.; *Nertz* (Fn. 13), 80 ff.

<sup>96</sup> BGE 122 III 463, 468 Erw. 5c, cc, in Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR; ebenso *Troller II* (Fn. 12), 988.

<sup>97</sup> Zur *Ersatzfähigkeit vorsorglicher Aufwendungen* des Geschädigten im allgemeinen: BGE 119 II 411, 416 Erw. 4d; *Honsell* (Fn. 23), § 8 N 19f.; betreffend *Marktüberwachungskosten*: Kantonsgesetz St. Gallen in SMI 1985 233, 237; *David* (Fn. 14), 116; ablehnend *Fischer* (Fn. 10), 80 f., 143 f.

<sup>98</sup> Zu diesen Schadensposten vorn Fn. 33.

<sup>99</sup> (Fn. 13), insbesondere S. 80 ff.; vgl. auch *Troller II* (Fn. 12), 989 ff., der die Schadensberechnung auf Grund einer Lizenzgebühr von der Verwendungsgebühr auf Lizenzbasis in Fällen ohne Schadenseintritt unterscheidet, und von der Verwendungsgebühr sagt, sie sei «gewöhnheitsrechtlich ohne dogmatische Klärung anerkannt» (989); *Dessemontet* (Fn. 73), 212, der die Unbestimmbarkeit des Vermögenswertes eines Immaterialgutes und damit der angemessenen Höhe einer Lizenz ins Feld führt; gegen die Annahme, es handle sich bei der Leistung in Höhe einer fiktiven Lizenzgebühr um Schadenersatz, bereits der Bernische Appellationshof in ZBJV 1933 287, 291 f.

<sup>100</sup> Zu jenem *Honsell* (Fn. 23), § 1 N 64; *Rey* (Fn. 23), N 13.

<sup>101</sup> Art. 42 Abs. 2 OR.

<sup>102</sup> Vgl. *David* (Fn. 14), 116 f.; *Nertz* (Fn. 13), 23 f., 86.

<sup>103</sup> *Peter Gauch/Walter R. Schluep*: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (6. Aufl. Zürich 1995) N 2630, 2635.

<sup>104</sup> *Walter Fellmann*: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, AJP 1995 878, 881.

den» kann Anlass zu Leistungspflichten sein, die *nicht* (oder nicht nur) dem *Ausgleich einer konkret errechenbaren Vermögensverminderung* dienen<sup>105</sup>. So wird im Falle des «normativen Haushaltsschadens» eine verunmöglichte oder eingeschränkte Möglichkeit zum Arbeitseinsatz kommerzialisiert und in der Höhe ihres geschätzten Wertes als Schaden ausgegeben. Der Vermögensbestandteil «Möglichkeit zum Arbeitseinsatz» und die erlittene Einbusse werden hier *abstrakt* bestimmt<sup>106</sup>.

ii) Die Zusprechung einer fiktiven Lizenzgebühr kann als Aspekt der Problematik «normativer Schaden» aufgefasst werden, wobei unter diesem Titel eine Anpassung des Schadensbegriffs an die Besonderheiten der Immaterialgüter vollzogen würde<sup>107</sup>. Es würden alsdann alle dem Berechtigten zustehenden *Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten kommerzialisiert* und als Vermögensposten eingesetzt. In einer Beeinträchtigung der Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten liegt dann folgerichtig eine Vermögenseinbusse im Sinne eines positiven Schadens<sup>108</sup>. Durch eine solche abstrakte Berechnung wird im Ergebnis erreicht, dass die Schadenersatzpflicht nicht durch eine konkrete Vermögenseinbusse, sondern durch die (blosse) Rechtsverletzung ausgelöst wird<sup>109</sup>.

Allein, mit einem solchen Vorgehen ist für die rechtliche Begründung der Lizenzanalogie noch nichts gewonnen, bleibt doch just die Frage offen, ob es bei wertender Betrachtung der hier skizzierten Anpassung des Schadensbegriffs bedarf<sup>110</sup>. Die mit dem Wort «normativ» verschleierte *Wertung* im Zusammenhang mit den Kommerzialisierungsschäden liegt darin, bestimmte *Werte als rechtlich geschützte Vermögensbestandteile*, ihre Beeinträchtigung folglich als

Schaden zu qualifizieren. Erst hier zeigt sich die Rechtfertigung eines den Immaterialgütern angepassten Schadensbegriffs: Immaterialgüter stellen nämlich, soweit sie jemandem ausschliesslich zugewiesen sind, den Paradefall rechtlich geschützter und ausschliesslich produktiv einsetzbarer Güter dar, deren Wert – jedenfalls bei isolierter Betrachtung – (nur) ein Ertragswert ist. *Die Schutzwürdigkeit der durch Immaterialgüterrechte zugewiesenen Nutzungs- und Gewinnchancen ist gesetzgeberisch sanktioniert*. Darum führt ihre Verletzung stets zu einem «normativen Schaden», einem Schaden, dessen Feststellung die Wertung vorangeht, die Schutzwürdigkeit der Immaterialgüterrechte sei auch bei einer Beeinträchtigung der durch sie vermittelten Nutzungs- und Gewinnaussichten bestimmend. Mit der Kommerzialisierung der Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten und ihrem rechtlichen Schutz wird dem Umstand Beachtung geschenkt, dass Immaterialgüterrechtsverletzungen unmittelbar lediglich eine abstrakt bestimmbare Beeinträchtigung hinterlassen. Die Kommerzialisierung erlaubt, die Einbusse in den Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten zu bewerten, und gestattet damit, das Mass der geschuldeten Ausgleichung in Geld zu bestimmen<sup>111</sup>.

iii) Zwar könnte dem Gesagten nach die Lizenzanalogie als Methode zur Berechnung eines «normativen Schadens» aufgefasst werden: die Lizenzanalogie als durch einen *sonderzivilrechtlichen Schadensbegriff* sanktionierten Fall des Ersatzes eines *Kommerzialisierungsschadens*<sup>112</sup>. Das zu tun, widerspricht nun allerdings dem methodischen Imperativ eines Sonderzivilrechts, wonach nicht die Besonderheiten der Immaterialgüter zu einer atypischen Fortbildung des gemeinen Zivilrechts – Schadenersatz ohne Schaden<sup>113</sup> – führen sollen<sup>114</sup>. Hernach ist darum der Frage

<sup>105</sup> Das scheint mit der in BGE 122 III 463, 467 f. Erw. 5c, cc geäußerten Auffassung, wonach die Zusprechung von Schadenersatz ohne selbst eine im Tatbestandsermessens des Art. 42 Abs. 2 OR nicht auszumachende Vermögenseinbusse abzulehnen sei, nicht leicht vereinbar.

<sup>106</sup> Vgl. das Bundesgericht in Pra 1995 Nr. 172, S. 548, 556; *Gauch/Schlupe* (Fn. 103), N 2639a; kritisch *Honsell* (Fn. 23), § 8 N 79.

<sup>107</sup> Vgl. *Fischer* (Fn. 10), 3 ff.; *Nertz* (Fn. 13), 78 f.

<sup>108</sup> Dagegen nimmt das Bundesgericht (Pra 1995 Nr. 172, S. 548, 556) an, in solchen Fällen trete gar keine Vermögensverminderung ein. Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer: Entweder setzt man – wie hier – den wirtschaftlichen Nutzwert eines Gutes als Aktivum ein und erblickt in dessen Beeinträchtigung eine Vermögensverminderung (*Gauch/Schlupe* [Fn. 103], N 2636); oder man spricht auf Grund einer Wertung Schadenersatz trotz verneinter Vermögenseinbusse zu. Der Entscheid, letzteres zu tun, ist der Sache nach gleichwertig mit jenem, einen kommerzialisierten Nutzwert als rechtlich geschütztes Aktivum zu verbuchen. – Nach *Christoph von Graffenried* ([Fn. 36], 141, 144) sind beeinträchtigte Gewinnaussichten als *lucrum cessans* zu liquidieren, falls kein objektiver Wert (Marktwert) des Immaterialgüterrechts besteht.

<sup>109</sup> Vgl. *von Graffenried* (Fn. 36), 143 ff.

<sup>110</sup> Vgl. zu diesem allgemeinen Bedenken gegenüber dem normativen Schadensbegriff *Fellmann* (Fn. 104), 882 f.

<sup>111</sup> Ähnlich *Fischer* (Fn. 10), 4 f., 13 f.

<sup>112</sup> Ablehnend *Nertz* (Fn. 13), 79, mit der Begründung, die Annahme eines «normativen Schadens» rechtfertige sich allenfalls bei einer Gebrauchshinderung, eine solche ergebe sich aber bei Immaterialgüterrechten nicht. – Das Erfordernis der Gebrauchshinderung soll der Kommerzialisierung von Nutzungsmöglichkeiten Grenzen setzen, da der blosse Ausfall der Möglichkeit zur Sachnutzung dem Eigentümer allemal den «Substanzwert» der Sache belässt. Dieser Umstand – wie er auf Immaterialgüter als ausschliesslich produktiv einsetzbare Güter nicht zutrifft – verbietet, den rechtlichen Schutz der durch Immaterialgüterrechte vermittelten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten unter die Voraussetzung der Gebrauchshinderung zu stellen.

<sup>113</sup> Die zitierte (Fn. 106) Rechtsprechung zum «normativen Haushaltsschaden» ist kaum als Abkehr vom Grundsatz zu verstehen, wonach Schaden eine konkrete Einbusse im Vermögen bedeutet.

<sup>114</sup> Immerhin kennzeichnet jeden «normativen Schaden» naturgemäss insofern etwas Singuläres, als ja gerade mit Blick auf die spezifischen zu schützenden Werte vom «natürlichen» Schadensbegriff abgewichen werden soll. Bei solcher Betrachtung wäre aus

nachzugehen, ob nicht ein anderer Rechtsgrund besteht, der in typischerer Weise als der Schadenersatz bezweckt, eine Einbusse allein in abstrakten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten zufolge fremder unbefugter Nutzung auszugleichen.

e) *Die Lizenzanalogie als Methode zur Berechnung einer Bereicherung oder eines Verletzergewinns*

Teilweise wird angenommen, die ungerechtfertigte Bereicherung<sup>115</sup> oder die Geschäftsanmassung<sup>116</sup> vermöchten der Lizenzanalogie ein positivrechtliches Fundament zu verleihen. Die Lizenzanalogie wäre sonach ein Institut nicht der Nachteilsliquidation, sondern der *Vorteilswegnahme*, wobei der Vorteil durch die Unentgeltlichkeit der unbefugt erfolgten Nutzung entstünde<sup>117</sup>. Beide Begründungsversuche können etliches für sich buchen, werden aber der tatsächlichen Handhabung der Lizenzanalogie nicht durchwegs gerecht<sup>118</sup>. In aller Kürze das Folgende:

Hält man für die Kondiktion am Bild der *Vermögensverschiebung* – wonach das durch den Bereicherten Erlangte aus dem Vermögen des Kondizienten stammen muss – fest<sup>119</sup>, so scheidet der Bereicherungsanspruch bereits an der fehlenden *Entreicherung*: Die unbefugte Nutzung eines Immaterialgutes führt seiner Eigenartigkeit wegen nicht notwendig zu einer Entreicherung des Berechtigten, das heisst zu einer Vermögensseinbusse. Die Lizenzanalogie geht indessen ausnahmslos von einer (fiktiven) Vermögensverminderung aus<sup>120</sup>.

Verzichtet man mit einem Teil der neueren Doktrin auf das Entreicherungserfordernis, soll folglich genügen, dass die Bereicherung bloss mit einer wie auch immer gearteten Hilfe der Rechtsgüter des Kondizienten entstand, die entgegen ihrem Zuweisungsgehalt beansprucht wurden<sup>121</sup>, so bleibt nach dem Gegenstand der

*Bereicherung* zu fragen. Dabei ist umstritten, ob der über das unmittelbar Erlangte hinausreichende *Verletzergewinn* dem Bereicherungsanspruch oder dem Geschäftsanmassungsanspruch zugehört oder gar kraft eigenständigen Rechtsgrundes herauszugeben ist<sup>122</sup>. Ungeachtet der Zuordnung des Verletzergewinns spricht namentlich die der Lizenzanalogie eigene *abstrakte* Sichtweise dagegen, die fiktive Lizenzgebühr als Verletzergewinn zu qualifizieren. Unter dem Titel der Lizenzanalogie wird nicht gefragt, ob und allenfalls in welcher Höhe eine konkrete Ersparnisbereicherung bzw. ein konkreter Ersparnisgewinn tatsächlich eingetreten und ob die Umsätze, an denen die Lizenzgebühr bemessen wird, tatsächlich erzielt worden sind<sup>123</sup>.

Gegen die Qualifikation der Lizenzanalogie als Vergütung zufolge *Geschäftsanmassung* spricht im speziellen, dass sich die fiktive Lizenzgebühr am Umsatz, nicht am Gewinn bemisst<sup>124</sup>. Schlägt man den über die unmittelbare Bereicherung hinaus erlangten Vorteil ausschliesslich dem Gestionsrecht zu<sup>125</sup>, so kann die fiktive Lizenzgebühr auch nicht Gegenstand eines *Bereicherungsanspruchs* sein, hat doch der potentielle Konditionsschuldner wegen der Eigenarten der Immaterialgüter durch die unbefugte Nutzung nichts erlangt, was ihm nicht bereits zustand, im besonderen nicht die (faktische) Nutzung oder die Nutzungsmöglichkeit. Die fiktive Lizenzgebühr ist darum auch nicht objektiver Wert eines Erlangten<sup>126</sup>.

methodischen Erwägungen nichts gegen einen besonderen Schadensbegriff im Immaterialgüterrecht einzuwenden.

<sup>115</sup> Art. 62 ff. OR.

<sup>116</sup> Art. 423 OR.

<sup>117</sup> Präzise Untersuchung zur Frage des Gegenstandes des Vorteils bei Nertz (Fn. 13), 89 ff., 123 ff.

<sup>118</sup> Vgl. zu diesen Begründungsversuchen von Graffenried (Fn. 36), 151 ff., 184 ff.; Nertz (Fn. 13), 89 ff., 123 ff.

<sup>119</sup> Zur Kontroverse Gauch/Schlupe (Fn. 103), N 1564 ff.; Schlupe (Fn. 56), 181 ff.

<sup>120</sup> Vgl. von Graffenried (Fn. 36), 154, 156; Nertz (Fn. 13), 92 f., 111, 113. – Freilich besteht im Bereicherungsrecht dieselbe Möglichkeit der Objektivierung des Vermögensbegriffs wie im Schadenersatzrecht und damit der Annahme einer abstrakt bestimmten «normativen Entreicherung» (vgl. von Graffenried [Fn. 36], 174, Fn. 115).

<sup>121</sup> Vgl. Gauch/Schlupe (Fn. 103), N 1566; Schlupe (Fn. 56), 187 ff.

<sup>122</sup> Vgl. Dessemontet (Fn. 73), 194 ff.; Schlupe (Fn. 56), 193 ff.; Rolf H. Weber: Gewinnherausgabe – Rechtsfigur zwischen Schadenersatz-, Geschäftsführungs- und Bereicherungsrecht, ZSR 1992 I 340 ff., 360 ff.; umfassend: Markus Nietispach: Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht (...) (Diss. Zürich 1994).

<sup>123</sup> Vgl. für die *ungerechtfertigte Bereicherung im allgemeinen* Andreas von Tuhr/Hans Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (3. Aufl. Zürich 1979) 502, bei und in Fn. 12; für die Berücksichtigung subjektiver Faktoren auch Schlupe (Fn. 56), 204 ff.; für die *Geschäftsanmassung im allgemeinen* Schmid (Fn. 56), Art. 423 N 106; für das *Immaterialgüterrecht von Graffenried* (Fn. 36), 151 ff., 176 f., 183 (*ungerechtfertigte Bereicherung*), 198 ff. (*Geschäftsanmassung*); Nertz (Fn. 13), 111, 113, 115 (*ungerechtfertigte Bereicherung*), 133 ff. (*Geschäftsanmassung*), mit Hinweis auf gegenteilige Meinungen hinsichtlich Herausgabe lediglich erzielbaren Gewinns auf S. 134, Fn. 46 (vgl. dazu auch Art. 940 Abs. 1 ZGB, wo von «versäumten Früchte(n)» die Rede ist).

<sup>124</sup> Nertz (Fn. 13), 128 f.

<sup>125</sup> Wovon die neueren Immaterialgüterrechtsgesetze (Art. 62 Abs. 2 URG, Art. 55 Abs. 2 MSchG) ausgehen und was herrschender Ansicht entsprechen dürfte (vgl. Schmid [Fn. 56], Art. 423 N 185 f., mit Hinweisen; Weber [Fn. 122], 355).

<sup>126</sup> Im einzelnen Nertz (Fn. 13), 115 ff.



## 2. Zur Qualifikation der Lizenzanalogie als Element eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen

### a) Die Bewertung von Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten im Rahmen von Verträgen

Damit Immaterialgüterrechtsverletzungen – wie hier gefordert – ungeachtet konkreter Vermögensveränderungen Sekundärobligationen begründen und sich deren Umfang überdies an einer *bestimmbaren* Vermögensgrösse bemisst<sup>127</sup>, sind die ausschliesslich zugewiesenen *Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten* zum Ausgangspunkt zu machen. Welche Nutzungen und welchen Gewinn der Schutzrechtsinhaber erwirtschaften kann, bestimmt sich im Rahmen von Verträgen. Der Vertrag, verstanden als Prozess, führt zur Bestimmung des intersubjektiven Marktpreises, welcher die objektivierten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten widerspiegelt, damit den Verkehrswert offenbart<sup>128</sup>. Wird ein Vertrag fingiert, der inhaltlich der geschehenen Verletzung entspricht, so kann die Einbusse in den Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten abstrakt bestimmt werden; die Verletzungshandlung erhält einen «Marktwert»<sup>129</sup>. Diese Einbusse bestimmt die Höhe der Ausgleichsleistung für eine Rechtsverletzung, die vermögensmässig nicht konkret feststellbar ist. Durch die Verpflichtung zu einer solchen Ausgleichsleistung werden, *obwohl kein Vertrag vorliegt, an den «Fehlkontakt» Vertragswirkungen geknüpft*, insbesondere jene der Erfüllungspflicht.

### b) Die Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen»

«Vertragswirkungen ohne Vertragsschluss» sind das Kennzeichen der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen». Danach sollen gewisse (faktische) Verhältnisse vertragliche oder vertragsähnliche Wirkungen auslösen, bei gleichzeitig fehlendem dauernd alle Voraussetzungen erfüllendem Vertragsschluss<sup>130</sup>.

Dass den faktischen Verhältnissen nicht nur der Vertragstatbestand abgeht, sondern in ihnen

überdies eine *unerlaubte Handlung* zu erblicken ist, vermag nichts daran zu ändern, dass vertragliche oder vertragsähnliche Rechtsfolgen mitunter angemessen sind. Die Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» verlangt ein rein folgenorientiertes Vorgehen, was verbietet, gewissen Tatbeständen *a priori* die Bewirkung von Vertragsfolgen abzusprechen. Solange das Verletzerverhalten äusserlich das Erscheinungsbild einer Vertragserfüllungshandlung aufweist und insofern *sozialtypisch* ist, können auch Fehlkontakte Vertragsfolgen erheischen<sup>131, 132</sup>.

### c) Die Lizenzanalogie als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen»

Die Bewertung einer Immaterialgüterrechtsverletzung im Wege der Lizenzanalogie geschieht durch fiktiven Vertragsschluss, wie er der Figur des «faktischen Vertragsverhältnisses» zugrunde liegt. Der Sachverhalt der Immaterialgüterrechtsverletzung ist der *vertragslosen Inanspruchnahme einer fremden Leistung* – einem Tatbestand, an den typischerweise Vertragswirkungen gekoppelt werden<sup>133</sup> – durchaus vergleichbar. Die Lizenzanalogie ist darum als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» zu verstehen<sup>134</sup>. Nur in Anwendung dieser Rechtsfigur kann zu einer (sekundären) Vergütungsleistung verpflichtet werden, ohne dass eine konkrete Vermögensveränderung bei mindestens einem der am Sozialkontakt Beteiligten

<sup>131</sup> Vgl. *Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi*, in: Zürcher Kommentar, Band VI/1a (Zürich 1973) Art. 1 N 562; implizit auch BGE 63 II 368, 372 f. Erw. 3: Mietzins-, nicht Schadenersatzforderung bei eigenmächtigem Verbleib in den Mieträumen trotz Ausweisungsgehrens; ebenso das Appellationsgericht Basel-Stadt in BJM 1985 249, 251; anders *Ernst A. Kramer*, in: Berner Kommentar, Band VI/1/1 (Bern 1986) Art. 1 N 25, der die hier vertretene Auffassung unter anderem mit der Begründung ablehnt, für Fehlkontakte bestünden Delikts- und Bereicherungsansprüche. – Hier soll gezeigt werden, dass die Delikts- und Bereicherungsansprüche des «allgemeinen Privatrechts» zur Ausgleichung der Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nicht voraussetzungslos geeignet sind.

<sup>132</sup> Sozialtypisch ist wohl der Diebstahl von Disketten, auf denen ein Programm zum Betrieb einer Maschine gespeichert ist. Diese Verletzungshandlung kann unter Umständen nur durch Anknüpfung an die durch das Programm vermittelten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten adäquat bewertet werden. Nichtsdestotrotz scheidet die Annahme eines «faktischen Vertragsverhältnisses» aus, da die beschriebene Verletzungshandlung nicht eine typische Vertragserfüllungshandlung darstellt. Vgl. auch Fn. 140.

<sup>133</sup> *Bucher* (Fn. 56), 273 f.

<sup>134</sup> Vgl. *Bucher* (Fn. 56), 689: «auf der Linie (...) der Lehre von den *faktischen Vertragsverhältnissen*». – Dieser Qualifikation gegenüber scheint auch *Christoph Nertz* (Fn. 13), 141 f., 147, 149 f., 164) an sich positiv eingestellt zu sein, verwirft sie dann aber doch mangels Vorliegens einer Lücke sowie der Bereitschaft des Schutzrechtsinhabers zur Lizenzvergabe. – Letzteres spielt meines Erachtens beim faktischen Vertragsverhältnis keine Rolle (vgl. vorn b); die Lücke ist nach meinem Dafürhalten zu bejahen (allgemein vorn III.2.f; hinsichtlich der Lizenzanalogie sogleich im Text, d).

<sup>127</sup> Welche zweitgenannte Voraussetzung für den Verletzertzuschlag nicht zutrifft.

<sup>128</sup> Vgl. *Gauch/Schlupe* (Fn. 103), N 2643, 2645, 2652; *Schlupe* (Fn. 56), 203 f.

<sup>129</sup> Mangels spezialisierter Märkte «kann der Wert des Gebrauchs und des Nutzens nur nach der (fingierten) quasi-kontraktlichen Beziehung zwischen Verletzer und Verletztem bestimmt werden» (*Schlupe* [Fn. 56], 203 f.).

<sup>130</sup> Vgl. *Bucher* (Fn. 56), 270 ff.; *Gauch/Schlupe* (Fn. 103), N 1185 ff.

eingetreten sein muss<sup>135</sup>. Der Kunstgriff liegt in der Fiktion einer (primären) vertraglichen Leistungspflicht. Die Lizenzanalogie wie das «faktische Vertragsverhältnis» allgemein nehmen die vorgefallenen Tatsachen hin und würdigen sie nach Vertragsgrundsätzen; sie fragen nicht nach dem Vermögensstand, wie er ohne Rechtsverletzung bestünde<sup>136</sup>. Es wird von einer Genehmigung des Eingriffs ausgegangen und auf solcher Grundlage die Ausgleichsleistung bestimmt. Dies geschieht im wesentlichen genauso bei der Geschäftsführung ohne Auftrag<sup>137</sup>, dem gesetzlichen Urbild des «faktischen Vertragsverhältnisses».

d) *Die Füllung der Lücke im immaterialgüterrechtlichen Sanktionensystem durch das «faktische Vertragsverhältnis»*

Die Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» dient der Lückenfüllung im vermögensrechtlichen Sanktionensystem<sup>138</sup>. Das immaterialgüterrechtliche Sanktionensystem ist, wie gezeigt, wegen der Eigenheiten der Immaterialgüter lückenhaft: Es stellt keinen Geldanspruch bereit, der im Falle unbefugter Nutzung des Gutes auch ohne konkrete Vermögensveränderungen erhoben werden kann. In die Lücke tritt die Lizenzanalogie als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen», indem sie von den Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten ausgeht und diese kommerzialisiert, ungeachtet konkreter Vermögensveränderungen.

Wird der Fall des *widerrechtlichen Bewohnens einer fremden, vom Eigentümer nicht genutzten Liegenschaft* zum Vergleich herangezogen, so zeigt es sich, dass in solchen Fällen meist eine Mietzinsschuld und nicht eine Schadenersatz- oder Bereicherungsschuld angenommen wird, obwohl hier – anders als bei einer Immaterialgüterrechtsverletzung – allenfalls von einer konkreten Ersparnisbereicherung ausgegangen werden könnte. Zur Begründung wird die Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» herangezogen<sup>139</sup>. Es wird somit im «allgemeinen Pri-

vatrecht» bei der Beurteilung jener Verletzung eines dinglichen Rechts, die einer Immaterialgüterrechtsverletzung am nächsten steht, eine Lücke im vermögensrechtlichen Sanktionenkatalog angenommen. Diese Lücke hat die gleiche Wurzel wie jene im immaterialgüterrechtlichen Sanktionensystem und wird in gleicher Weise gefüllt, wie dies hier für das Immaterialgüterrecht vorgeschlagen wird: Die Verletzung des dinglichen Rechts löst – soweit die Annahme einer Ersparnisbereicherung ausser Betracht fällt – *keine konkreten Vermögensfolgen* aus, so dass an die *Beeinträchtigung in den abstrakten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten* angeknüpft werden muss, um auf die Rechtsverletzung unmittelbar einen Ausgleichsanspruch folgen lassen zu können. Das Ausmass der Beeinträchtigung wird auf der Grundlage eines fiktiven *Vertrages*, im Wege des «faktischen Vertragsverhältnisses» bestimmt. Eine Immaterialgüterrechtsverletzung ebenfalls nach der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» zu beurteilen, erweist sich damit als *systemkonform*.

Da das unbefugte Einwirken auf eine Sache regelmässig eine konkrete Vermögensveränderung auslöst, spielt das «faktische Vertragsverhältnis» im Bereich der dinglichen Rechte eine bescheidener Rolle als – nach hier vertretener Ansicht – im Immaterialgüterrecht<sup>140</sup>. Für Immaterialgüterrechtsverletzungen ist es eine deren Eigenarten trefflich erfassende Rechtsfigur, weswegen die Lizenzanalogie – als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» – als *Element eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen* anzusprechen ist.

<sup>135</sup> Vgl. Nertz (Fn. 13), 113.

<sup>136</sup> Diese unterschiedlichen Sichtweisen offenbaren die Überzeugungskraft, die das Verständnis der Lizenzanalogie als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» gegenüber jenem als Methode zur Berechnung eines «normativen Schadens» aufweist.

<sup>137</sup> Art. 419 ff. OR.

<sup>138</sup> Bucher (Fn. 56), 271; Gauch/Schlupe (Fn. 103), N 1190.

<sup>139</sup> Vgl. das Appellationsgericht Basel-Stadt in *BJM* 1985 249, 251; ferner BGE 63 II 368, 372 f. Erw. 3; vgl. auch Peter Higi, in: Zürcher Kommentar, Band V/2b (Zürich 1994) Art. 253 N 35: «mietzinsähnliche Entschädigungspflicht». – Das Bundesgericht hat entschieden, «que les prétentions dont disposent les parties, en cas d'invalidité

d'un contrat, telles que l'action pour enrichissement illégitime ou les actions extracontractuelles en dommages-intérêts, n'étaient pas adaptées lorsque le preneur utilise la chose depuis des années» (BGE 110 II 244, 248 Erw. 2c; vgl. auch BGE 108 II 112, 113 f. Erw. 4). Nach diesen Ausführungen dürfte bestimmend sein, ob dem vertraglichen Gesichtspunkt – der bei langer Dauer bestimmter faktischer Verhältnisse überwiegt – oder jenem der Ersparnisbereicherung mehr Gewicht zukommt. Da letzterer bei der Lizenzanalogie ausser Betracht fällt (vgl. vorn IV.1.e), ist sie dem faktischen Vertragsverhältnis zuzuordnen.

<sup>140</sup> Wohl könnte jede durch bestimmungsgemässes Verhalten (zu dieser Terminologie vorn III.1.b, ii und III.2.e) begangene Verletzung eines dinglichen Rechts unter dem Titel des «faktischen Vertragsverhältnisses» ausgeglichen werden; dies, wenn man Sachen allein auf Grund der Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten, die sie bergen, bewertet (vgl. Fn. 45) und für die Annahme eines «faktischen Vertragsverhältnisses» überdies auf das Erfordernis der (äusserlichen) Sozialtypizität der deliktischen Handlung verzichtet. Zu solchem Tun besteht angesichts der positiven Ordnung – Art. 41 ff. OR – und damit dem Fehlen einer Lücke im Sanktionensystem kein Anlass.

## V. Zum Verletzerzuschlag

### 1. Zu den Unterschieden zwischen vertraglicher und deliktischer Nutzung eines Immaterialgutes und ihrer rechtlichen Relevanz

#### a) Die Positionsunterschiede

Konsequenterweise stellt die Lizenzanalogie die Verletzung und das durch Vertrag erlaubte Handeln gleich. Die Positionen der beiden am Verletzungsverhältnis beteiligten Parteien sind jedoch gegenüber jenen von Vertragsparteien verschieden. Diesen Positionsunterschieden wird durch allerlei *lizenz erhöhende* und *lizenzmindernde Umstände* Rechnung getragen<sup>141</sup>.

Als *Nachteile des Verletzten gegenüber dem Lizenzgeber* werden angeführt: die fehlenden Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten, insbesondere hinsichtlich der Preisgestaltung bei den in Lizenz hergestellten Produkten; der fehlende, in Patentlizenzverträgen übliche Anspruch auf Erfahrungsaustausch und das Vorrecht auf Verbesserungserfindungen. Als *Vorteil des Verletzers gegenüber dem Lizenznehmer* fällt ins Gewicht, dass jener sich nicht – wie mit dem Lizenznehmer in Patentlizenzverträgen häufig vereinbart – an den Entwicklungs- und Schutzrechtskosten des Verletzten zu beteiligen hat sowie die als Vorteil zu veranschlagende *Chance, vom Berechtigten nicht verfolgt zu werden*. Diesen Positionsvorteilen des Verletzers bzw. Positionsnachteilen des Verletzten steht namentlich der *Verletzer-nachteil der ungesicherten Position im Verhältnis zum Berechtigten* gegenüber<sup>142</sup>.

#### b) Die rechtliche Relevanz der Positionsunterschiede

Die Berücksichtigung der vorerwähnten lizenz erhöhenden und lizenzmindernden Umstände liegt *teilweise auf der Linie der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen»*: insoweit nämlich, als es sich um Umstände handelt, die tatsächlich die vertragliche Lizenzgebühr beeinflusst hätten. Ihr Einbezug in das Konzept der Lizenzanalogie geschieht unter dem Titel der «Berücksichtigung aller Umstände», nach welchen der konkrete Wert einer Lizenzvergabe zu bestimmen ist<sup>143</sup>.

Umstände dagegen, die auf eine vertragliche Lizenzgebühr keinen Einfluss gehabt hätten, auch nicht bei *ex post* fingiertem Lizenzvertragschluss, sondern sich erst und nur bei geschehener Verletzung als Verletzervorteile bzw. Verletzernachteile erweisen, haben keinen Platz in der als Anwendungsfall der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» verstandenen Lizenzanalogie. Es sind dies namentlich der *Vorteil des Verletzers*, mitunter *nicht verfolgt zu werden*, sowie sein *Nachteil*, eine *ungesicherte Position* innezuhaben. Hierzu rechnen aber auch die *Kosten der Marktüberwachung*<sup>144</sup> und *Rechtsverfolgung* sowie die *immaterielle Beeinträchtigung*; letztere wird nämlich mit einer nach der Lizenzanalogie bestimmten Vergütung nur teilweise entgolten<sup>145</sup>. Die Berücksichtigung all dieser Umstände läuft der Lehre von den «faktischen Vertragsverhältnissen» zuwider, da damit ihre Prämisse in Frage gestellt würde: die prinzipielle Gleichstellung gewisser faktischer Verhältnisse mit einem (in seiner Gültigkeit fortwährenden) Vertragsschluss. Alle genannten besonderen Umstände, welche den Unterschied von vertraglicher und deliktischer Nutzung eines Immaterialgutes widerspiegeln, können nur im Rahmen einer zusätzlichen Vergütungsleistung, einem Verletzerzuschlag berücksichtigt werden.

### 2. Zur Rechtfertigung des Verletzerzuschlags

#### a) Die Funktion des Verletzerzuschlags

Mit dem Verletzerzuschlag sollen die immaterielle Beeinträchtigung und der immaterielle Verletzervorteil sowie die Marktüberwachungskosten ausgeglichen werden. Es sind dies die auf die Immaterialität der Rechtsgüter zurückzuführen

gangs referierten Fall vornehmen müssen, da entsprechende Tatsachen offenbar (vgl. S.9 des Obergerichtsurteils sowie die nicht amtlich publizierte Erw.3 von BGE 122 III 463ff.) nicht behauptet worden sind.

<sup>144</sup> Sofern die Marktüberwachungskosten in Pauschalen veranschlagt und nicht in Relation zu einem realen Aufwand gesetzt werden, können sie nicht als schadenersatzfähige Einbusse betrachtet werden (vgl. BGE 119 II 411, 416 Erw.4d sowie die Hinweise in Fn.97).

<sup>145</sup> Zwar erfasst die fiktive Lizenzgebühr auch die je nach Verletzung eingetretene Beanspruchung ideeller Schutzrechtskomponenten, genauso wie auch eine vertragliche Lizenzgebühr sie berücksichtigen kann. Diese ideellen Aspekte aber werden mit der Lizenzanalogie notwendigerweise unterbewertet, da mittels der Fiktion eines intersubjektiven Marktpreises kein Wert erzielt werden kann, der jenem entspricht, den das Gesetz der ausschliesslichen Berechtigung einer einzelnen, bestimmten Person an einem ideellen Gut beimisst. Bei vertraglicher Lizenzierung kann der Berechtigte die ihn angemessen dünkende Lizenzgebühr mitbestimmen und dadurch die ideellen Schutzrechtskomponenten in Geld bewerten; bei der Lizenzanalogie hat er eine nach dem Marktwert bestimmte fiktive Lizenzgebühr hinzunehmen.

<sup>141</sup> Nertz (Fn. 13), 35f.

<sup>142</sup> Übersicht über das Gesagte und über weitere Verletzernachteile bzw. Vorteile des Verletzten (im Verhältnis zum Lizenznehmer bzw. Lizenzgeber) bei Nertz (Fn. 13), 50ff.; vgl. auch *Dessemontet* (Fn. 11), 275f.

<sup>143</sup> Eine solche konkrete Bestimmung der fiktiven Lizenzgebühr hat weder das Zürcher Obergericht noch das Bundesgericht im ein-

renden besonderen Verletzungsumstände, welche die Lizenzanalogie unbeachtet lassen muss. So wenig sich aber die Befugnis des Schutzrechtsinhabers in den Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten erschöpft, so wenig darf sich die Verletzungsfolge auf eine Vergütung im Umfang der Lizenzanalogie beschränken. Die Lizenzanalogie sanktioniert die unbefugte Beanspruchung fremder Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten (sowie in beschränktem Ausmass die immaterielle Beeinträchtigung), einen Teilaspekt der Verletzung des subjektiven Immaterialgüterrechts also. Dem Gedanken der «*in Geld umgewertete(n) Naturalrestitution*»<sup>146</sup> bzw. der *in Geld umgewerteten Vorteilsvergütung*, welchem die Anspruchsgrundlagen des «allgemeinen Privatrechts» verpflichtet sind, wird indessen allein eine nach der Lizenzanalogie errechnete und um einen Verletzerzuschlag erhöhte Ausgleichsleistung gerecht. Der Verletzerzuschlag bezweckt Herstellung *vollständiger Nachteilsliquidation und Vorteilswegnahme*.

b) *Die Systemkonformität des Verletzerzuschlags*

*Wertungsmässige Kongruenz von Rechtsmacht und Verletzungsfolge* herzustellen, ist vorab ein Gebot der Kohärenz der Rechtsordnung, der Verwirklichung ihres «inneren Systems». Das soll anhand des immateriellen Verletzervorteils (i) und der immateriellen Beeinträchtigung des Verletzten (ii) erläutert werden:

i) Die Innehabung von Rechten, deren Verletzung wegen der Eigenarten des Rechtsgutes mit einiger Wahrscheinlichkeit vom Berechtigten nicht erkannt wird, muss durch Rechtsfolgen abgesichert sein, die an die Verletzung und die damit gleichzeitig wahrgenommene *Chance, nicht verfolgt zu werden*, anknüpfen. Schützt die Rechtsordnung Güter, über deren Nutzung allein der Berechtigte entscheiden können soll, ist aber diese *Entscheidungsfreiheit* der Unbeherrschbarkeit der Güter wegen nahezu inhaltsleer, so ist die Entscheidungsfreiheit durch die Rechtsfolgen ihrer Verletzung besonders behutsam zu schützen<sup>147</sup>. Die Restitution der Einbusse in den (abstrakten) Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten nach Massgabe der Lizenzanalogie reicht dazu nicht aus, weil mit der Fremdbeanspruchung dieser Möglichkeiten die hohe Wahrscheinlichkeit einhergeht, die dereinst (konkret)

erzielten Vorteile behalten zu können. Bereits die Realisierung der jeder Verletzung immanenten Chance, nicht als Verletzer entdeckt zu werden, hat grundsätzlich Sanktionen nach sich zu ziehen, da sie einen Eingriff in fremde Rechtszuständigkeit – in die durch sie garantierte Entscheidungsfreiheit hinsichtlich Nutzungen Dritter – bedeutet<sup>148</sup>.

ii) Verleiht die Rechtsordnung Ausschliesslichkeitsrechte, deren Verletzung eine *immaterielle Beeinträchtigung* hinterlässt, so hat sie auch um deren Ausgleich bemüht zu sein. Wird eine bestimmte Position von der Rechtsordnung als schützenswert erachtet und diese verletzt, verdient grundsätzlich auch der Ausgleich der Positionsbeeinträchtigung Schutz. An dieser Wertung vermag nichts zu ändern, dass Schutzobjekt die ausschliessliche Berechtigung an einem *immateriellen* Gut ist. Die Rechtsordnung hat bei der Regelung des Ausgleichs lediglich der Tatsache Beachtung zu schenken, dass eine Naturalrestitution oder eine an einer konkreten Beeinträchtigung bemessene geldwerte Ersatzleistung nicht möglich ist und dass die Verletzungswirkungen fortauern, und diesen Tatsachen die Form des Ausgleichs anzupassen. Anzustreben ist alsdann, mittels einer Geldleistung dem nicht mehr herstellbaren früheren Zustand möglichst nahe zu kommen, das verletzte Ausschliesslichkeitsrecht mit einer Rechtsfolge zu honorieren, die mit dem Umfang der ausschliesslichen Befugnis *wertmässig* weitgehend korreliert<sup>149</sup>.

Die *Systemkonformität des Ausgleichs immaterieller Beeinträchtigungen* kann in dreierlei Hinsicht nachgewiesen werden:

*Erstens* ist der Verletzerzuschlag, soweit es um die Komponente der Nachteilsliquidation geht, genauso wie die *Genugtuung* die Rechtsfolge im Falle der Verletzung eines Ausschliesslichkeitsrechts, die der besonderen Natur des Rechtsgutes wegen nicht real wiedergutmacht oder anhand einer Vermögenseinbusse

<sup>148</sup> Der Einwand, die Chance, nicht verfolgt zu werden, habe sich im Verletzungsfall ja nicht verwirklicht (so Nertz [Fn. 13], 52, bei und in Fn. 34), ist nach meinem Dafürhalten so unbeachtlich wie jener eines Hoffnungskäufers gegenüber dem Verkäufer, eine dem Rechtsgeschäft immanente Ungewissheit habe sich zu seinem Nachteil zur Gewissheit entwickelt (vgl. auch hinten V.3.c).

<sup>149</sup> Dem scheint das Bundesgericht nicht prinzipiell ablehnend gegenüberzustehen, wenn es in BGE 122 III 463, 468 Erw. 5c, cc ausführt, es sei nicht einzusehen, inwiefern die nach der Lizenzanalogie errechnete Vergütung nicht allen «Schaden und die immaterielle Beeinträchtigung» der Klägerin zu decken vermöchte. Auch Lucas David (Fn. 14), 119 spricht von der Wiedergutmachung «immaterielle(r) Schäden»; vgl. auch Dessemontet (Fn. 11), 281. – Dabei geht es hier nicht um die Schätzung eines Schadens nach Art. 42 Abs. 2 OR (so aber Fischer [Fn. 10], 5), sondern um eine davon verschiedene sonderzivilrechtliche Ausgleichsleistung. Bei einem solchen Vorgehen braucht der Schadensbegriff des gemeinen Zivilrechts nicht verändert zu werden.

<sup>146</sup> Fischer (Fn. 10), 14, vgl. auch S. 4f.; dazu kritisch von Graffenried (Fn. 36), 145 f.

<sup>147</sup> Vgl. Dessemontet (Fn. 11), 281; Fischer (Fn. 10), 14; Nertz (Fn. 13), 157. – An der Systemkonformität des Schutzes der Entscheidungsfreiheit bestehen allerdings Zweifel, vgl. hinten Fn. 176.

(vollständig) in Geld bewertet werden kann. Dennoch soll den verletzten Rechten in beiden Fällen wenigstens durch Vorteile anderer Art als jene, die das verletzte Recht schützt, wertmässig Nachachtung verschafft werden. Genugtuung und Verletzerzuschlag dienen beide dem *Ausgleich* «immaterieller Schäden». Nicht zufällig werden Schadenersatz und Genugtuung im Urheber- und im Wettbewerbsrecht gelegentlich als Pauschalsumme zwecks integraler Wiedergutmachung zugesprochen<sup>150</sup>. Das Anliegen, eine immaterielle Beeinträchtigung auszugleichen, lässt dies als verständlich erscheinen<sup>151</sup>.

Gegen den Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen könnte der Einwand fehlender Systemkonformität sodann – *zweitens* – mit der Begründung vorgetragen werden, der *Eigentümer* einer Sache brauche sich *übermässige ideelle Einwirkungen* nicht bieten zu lassen, könne aber gleichwohl keinen Schadenersatz beanspruchen, solange es an einem Schaden mangelt<sup>152</sup>. – Dem wäre entgegenzuhalten, dass das ideell beeinträchtigte Eigentumsrecht bereits durch *Naturalrestitutionsansprüche*<sup>153</sup> gesichert wird. Mit der Beseitigung der ideellen Immission ist der vorherige Zustand und damit die Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge hergestellt. Solches entfällt dagegen bei Immaterialgüterrechten: Wegen der Geistigkeit der Immaterialgüter sind die unmittelbaren Folgen einer Rechtsverletzung nicht real beseitigbar. Die einmal begangene Verletzung des Immaterialgüterrechts dauert in ihren Wirkungen fort. Immaterialgüterrechtliche Beseitigungsansprüche (z. B. mit dem Ziel der Konfiskation schutzrechtswidriger Erzeugnisse) zielen auf Beseitigung der mittelbaren Verletzungsfolgen ab; die unmittelbar an die Verletzung anschliessenden Folgen können sie gar nicht beseitigen<sup>154</sup>. Fehlen aber (der Natur der Güter wegen) Naturalrestitutionsansprüche, so

haben sekundäre Geldleistungspflichten die Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge zu bewerkstelligen.

*Drittens* ist dem Einwand zu begegnen, der *Affektionswert* der zerrissenen Liebesbriefe sei ja auch nicht durch eine Geldleistung auszugleichen. – Die Beeinträchtigung des Affektionswertes eines Gutes darf nicht mit der immateriellen Beeinträchtigung, die eine Immaterialgüterrechtsverletzung hinterlassen kann, gleichgesetzt werden. Der Affektionswert erschöpft sich in der ausschliesslich nach subjektiven Massstäben bewerteten Beziehung zwischen dem Berechtigten und dem Rechtsgut; der Wert dieser Beziehung wird vom Berechtigten gleichsam am Rechtsgut fixiert. Weder das Immaterialgüterrecht noch das übrige Vermögensrecht schützt einen so umschriebenen Wert *als solchen*; dafür bietet sich allenfalls ein Schutz durch das Persönlichkeitsrecht an. Immateriell sind gewisse Beeinträchtigungen im Zuge einer Immaterialgüterrechtsverletzung allein deshalb, weil das Rechtsgut (nicht bloss die Beziehung zu ihm) immateriell ist und sich die Ausübung bestimmter gesetzlicher Befugnisse – so des Rechts, den Zeitpunkt der Erstveröffentlichung eines Werkes zu bestimmen<sup>155</sup> – nicht als solche materiell bemerkbar macht. Die Verletzung solcher Befugnisse kann nur immaterielle Folgen zeitigen. Mit ihrem geldwerten Ausgleich wird nicht der Liebhaberwert honoriert, den der Berechtigte diesen Befugnissen zugedacht haben mag, sondern eine Beeinträchtigung in seinem Ausschliesslichkeitsrecht.

Der *geldwerte Ausgleich immaterieller Beeinträchtigungen* zufolge einer Immaterialgüterrechtsverletzung scheint mir nach dem Gesagten *systemkonform* zu sein.

### c) Gleichstellungsprinzip, Prävention und Strafe

Der Präventionsgedanke und die Abkehr vom beanstandeten Gleichstellungsprinzip<sup>156</sup> erscheinen bei der hier gebotenen Anschauung als blosser *Nebeneffekte*. Vollständige Nachteilsliquidation und Vorteilswegnahme entfalten notwendig einen gewissen Präventiveffekt. Die Lizenzanalogie entspricht dem Ansinnen vollständiger Nach-

<sup>150</sup> Vgl. David (Fn. 14), 120; Dessemontet (Fn. 11), 278, 281.

<sup>151</sup> So leuchtet ein, dass das Zürcher Obergericht (S. 8 seines Urteils; vgl. vorn I.2.) vom «Genugtuungsgedanke(n)» spricht, der in die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes zu integrieren sei. – Kein Problem stellt die mit der Verletzung eines Immaterialgüterrechts verbundene immaterielle Beeinträchtigung dann dar, wenn sie – wie bei Urheberrechten häufig – zugleich eine *Persönlichkeitsverletzung* (Art. 28 ZGB) bedeutet (vgl. die Übersicht bei von Grafenried [Fn. 36], 124), was allerdings nicht in allen Fällen zutrifft. Es steht zu vermuten, dass die Probleme des Ausgleichs immaterieller Beeinträchtigungen im Zusammenhang mit Immaterialgüterrechtsverletzungen die Bereitschaft zur Zusprechung einer Genugtuung erhöhen. Damit würde – entgegen dem hier verfochtenen methodischen Postulat – der Genugtuungsbegriff eine «immateriellgüterrechtliche Färbung» erhalten.

<sup>152</sup> Vgl. für das Grundeigentum Art. 679 und Art. 684 ZGB; dazu BGE 119 II 411, 415f. Erw. 4b und 4c.

<sup>153</sup> Die *actio negatoria* oder die Klage nach Art. 679 in Verbindung mit Art. 684 ZGB; vgl. auch Art. 926 ff. und Art. 937 ZGB.

<sup>154</sup> Das Gesagte erklärt zu einem grossen Teil die eminente Bedeutung des *vorsorglichen Rechtsschutzes* im Immaterialgüterrecht.

<sup>155</sup> Art. 9 Abs. 2 URG.

<sup>156</sup> Barrelet/Egloff (Fn. 5), Art. 62 N 13: «Privilegierung der widerrechtlich Handelnden»; David (Fn. 14), 117; Dessemontet (Fn. 73), 213; Nertz (Fn. 13), 62, 153 ff., 159 ff., 161, der von der «grundsätzlichen Fragwürdigkeit» spricht, «den Verletzer mit dem Lizenznehmer gleichzustellen» (S. 155), und von einer «unerwünschte(n) Verharmlosung der widerrechtlichen Benutzung fremder Rechtsgüter» (S. 156); im gleichen Sinn das Zürcher Obergericht auf S. 8 seines Urteils (vorn I.2.).

teilsliquidation und Vorteilswegnahme nicht, weshalb sie jedweder Präventivwirkung entbehrt<sup>157</sup>. Vollständige Nachteilsliquidation und Vorteilswegnahme bedingen den Einbezug namentlich der immateriellen Beeinträchtigung, des immateriellen Verletzervorteils und der dadurch bedingten Marktüberwachungskosten. Der Gleichstellungsgrundsatz der Lizenzanalogie lässt diese Umstände ausser acht. Die Sanktionsleistung auf die Lizenzanalogie zu beschränken, bedeutet zu vernachlässigen, dass im Immaterialgüterrecht Vertrag und Delikt sich nicht allein durch das Fehlen einer Einwilligung des Berechtigten unterscheiden. Dagegen ist in der Gleichstellung von vertraglichem und unerlaubtem Nutzer einer Sache wegen der Gleichheit der beiden Nutzungsfälle keine Privilegierung des letzteren zu erblicken<sup>158</sup>.

Dass der *Strafgedanke* im vorliegenden Zusammenhang immer wieder ins Spiel gebracht wird, ist einerseits wohl eine Folge der leichten Verletzbarkeit der Immaterialgüterrechte: Das Ausnutzen der Leichtigkeit, mit der Immaterialgüterrechte zum Vorteil des Schädigers verletzt werden können, lässt Verletzungen als besonders verwerflich erscheinen. Hier setzen die «*punitive damages*» ein<sup>159</sup>. Andererseits rührt die Verbreitung des Pönalgedankens wohl auch daher, dass eine *immaterielle* Beeinträchtigung *materiell* abgegolten wird, was in einer Geldwirtschaft leicht als Strafe aufgefasst werden kann. Einen Strafzweck verfolgt der Verletzerzuschlag aber nicht, so wenig das klassische Schadenersatzrecht es tut<sup>160</sup>.

d) *Die Füllung der Lücke im immaterialgüterrechtlichen Sanktionensystem durch den Verletzerzuschlag*

Da das Sanktionensystem des «allgemeinen Privatrechts» zur integralen Nachteilsliquidation und Vorteilswegnahme nicht hinreicht und damit die Funktion der Gesamtverweisung – Kongruenz von Rechtsinhalt und Verletzungsfolge – nicht verwirklicht wird, liegt eine Lücke vor<sup>161</sup>. Sie kann

nach den dargelegten methodischen Prinzipien gefüllt werden, weil es um die Durchsetzung der genannten, gesetzgeberisch bereits weitgehend vollzogenen Zwecksetzung geht. In die Lücke tritt der Verletzerzuschlag bzw. die «angemessene Vergütung», die einen solchen Zuschlag einschliesst. Die (durch die Terminologie unterstützte) Vorstellung, es handle sich beim Verletzerzuschlag um einen Zuschlag mit pönalem Charakter, der zusätzlich zu dem nach «allgemeinem Privatrecht» Geschuldeten zu leisten sei, erweist sich als täuschend; nicht jede auf mehr als Ausgleich einer Vermögenseinbusse abzielende Geldleistung ist mit dem Siegel der «*punitive damages*» aus unserer Privatrechtsordnung zu verbannen. Der Verletzerzuschlag bezweckt vielmehr allein die Herstellung von Kohärenz im «inneren System» des Privatrechts<sup>162</sup>. Er ist ein notwendiges *Element eines Sonderzivilrechts für Immaterialgüterrechtsverletzungen*.

### 3. Zur ökonomischen Beurteilung des Verletzerzuschlags und den rechtlichen Folgerungen

a) *Die ökonomische Hinsicht auf Rechtsnormen*

Rechtssätze können danach bewertet werden, in welchem Masse sie zur optimalen Ressourcenallokation in einer Gesellschaft beitragen<sup>163</sup>. Wird das Individuum innerhalb des Güterallokationsprozesses betrachtet, so kann hypothetisch von einem auf seinen eigenen Maximalnutzen erpichteten Individuum ausgegangen werden. Dieses wird versuchen, einen bestimmten Zielerreichungsgrad mit einem Minimum an Mitteln zu verwirklichen. Normen, welche steuernd zur optimalen Ressourcenallokation beitragen sollen, müssen darum so ausgestaltet bzw. ausgelegt werden, dass die nach ihnen handelnden Personen durch die Verfolgung ihres privaten Vorteils

kann. Gegen ein solches Vorgehen spricht indes die *Funktionsbestimmtheit des Schadenersatzes*, welche dem «normativen Schaden» Grenzen setzt: Als Schadenersatz (auch nicht als Ersatz für «normativen Schaden») wird man nämlich nicht deklarieren dürfen, was nicht allein den *Ausgleich einer Einbusse* anstrebt, und sei die Einbusse auch nur eine abstrakt berechnete, eine auf Grund einer Wertung vorgenommene. Die Ausgleichsfunktion des Schadenersatzes gestattet darum nicht, einen auch der *Vorteilsabgeltung* dienenden Verletzerzuschlag *qua* Schadenersatz zu legitimieren.

<sup>162</sup> Anderer Meinung sind *Christoph Nertz* (Fn. 131, 63), der von «unbestreitbare(r) Systemwidrigkeit» allgemeiner Verletzerzuschläge spricht, und *François Dessemontet* (Fn. 731, 213), der den Verletzerzuschlag mit «*treble damages*» gleichsetzt.

<sup>163</sup> Zu diesem *Topos folgenorientierten Denkens* vorab *Richard A. Posner*: *Economic Analysis of Law* (4. Aufl. Boston/Toronto 1992); *Hans-Bernd Schäfer/Claus Ott*: *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts* (2. Aufl. Berlin u. a. 1995); sodann *Forstmoser/Schlupe* (Fn. 64), § 11 N 121 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *Dessemontet* (Fn. 11), 281; *Nertz* (Fn. 13), 159 f.

<sup>158</sup> Dazu auch hinten V.3.e.

<sup>159</sup> «Compensation in excess of actual damages; (...) they will be awarded only in instances of *malicious and willful misconduct*» (Barron's Law Dictionary [4. Aufl. New York 1996]).

<sup>160</sup> Vgl. zu jenem *Honsell* (Fn. 23), § 1 N 69; *Rey* (Fn. 23), N 17.

<sup>161</sup> Nicht untersucht werden soll hier die Frage, ob der Verletzerzuschlag als Ersatz für «normativen Schaden» verstanden werden kann (womit die Lücke zu verneinen wäre). In Kürze scheinen mir folgende Bemerkungen angezeigt: Der Qualifikation des Verletzerzuschlags als Ersatzleistung für «normativen Schaden» steht insofern nichts entgegen, als die hier gebotene Begründung für einen Verletzerzuschlag die unter dem Stichwort «normativ» vorzunehmende Wertung für die Begründung eines Schadenersatzes bilden

gleichzeitig die in den Normen angelegten Ziele verwirklichen helfen. Das können sie allein dann, wenn sie Nutzenanreize bieten<sup>164</sup>.

b) *Die ökonomisch optimale Ausgestaltung von Normen über die Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen*

Die vorliegende Fragestellung – Gewährung eines Verletzerzuschlags – vollständig in einem Kontext ökonomischer Rationalität zu beurteilen, fällt hier ausser Betracht. Namentlich wird als Prämisse angenommen, es sei mit Blick auf eine optimale Zuweisung der Güter richtig, Immaterialgüterrechte zu gewähren<sup>165</sup>.

Dies vorausgesetzt, müssen Normen über die Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen so ausgestaltet sein, dass das rational handelnde Individuum zur Verfolgung seines Zieles – Nutzung eines Immaterialgutes – den rechtmässigen Weg beschreitet, weil dieser geringeren Mittelaufwand abverlangt als jener, dessen Begehung ein Unrecht bedeutet. Dabei ist selbstredend die Sanktionsleistung (und nicht etwa die Einbusse beim Verletzten) der für den Weg der Rechtsverletzung entscheidende Kostengesichtspunkt<sup>166</sup>. Die Sanktionsleistung ist so zu bemessen, dass der potentielle Verletzer sich in jeder Entscheidungssituation rechtmässig verhält, denn nur so wird der mit der Rechtsordnung verfolgten Optimierung der Ressourcenallokation nachgelebt. Stünden dem Rechtsverletzer ohne Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen Befugnisse des Berechtigten zu, so würde kein Anreiz zu «kreativem Schaffen» – dies der Zweck der Verleihung von Urheberrechten aus der Sicht der Ökonomischen Analyse des Rechts<sup>167</sup> – gesetzt und überdies der Wettbewerb verfälscht, weil fremde Güter ohne Erwerbskosten eingesetzt werden könnten<sup>168</sup>.

c) *Gleichwertigkeit erlaubten und unerlaubten Handelns als Ziel der Ausgestaltung von Normen über die Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen*

Ist die Kosten-Nutzen-Relation aus der Sicht des potentiellen Verletzers bei der erlaubten und bei der unerlaubten Handlung dieselbe, so wird er

sich, statistisch betrachtet, in der Hälfte aller Fälle für die Rechtsverletzung entscheiden und damit nur teilweise zur optimalen Lösung des Ressourcenproblems beitragen. Begnügt man sich damit, so hat die vom Verletzer geschuldete Geldleistung, um äquivalente Alternativen für den rational handelnden potentiellen Verletzer zu schaffen, namentlich alle mit dem Vertragsschluss verbundenen Kosten zu decken und ein Entgelt für alle *geldwerten Vorteile einzuschliessen, die die erlaubte Nutzung mit sich bringt*.

Die Gleichwertigkeit der Handlungsalternativen fordert weiter die Abgeltung der Wahrnehmung der *Chance, vom Berechtigten nicht verfolgt zu werden*. Diese Chance ist mit jenem Betrag einzusetzen, den der Verletzer vor Vornahme der schädigenden Handlung für die Chance zu zahlen bereit ist, die konkret aus der Verletzung erzielbaren Vorteile zu erlangen, unter der Annahme, der Verletzer bestimme alleine, wie er das Immaterialgut nutzt. Damit wird ökonomisch umgesetzt, dass die Wahrnehmung der Chance, vom Berechtigten nicht verfolgt zu werden, nichts anderes bedeutet als den «Kauf» der Chance, alle beabsichtigten Vorteile aus dem produktiven Einsatz der Immaterialgüter einheimen zu können. Der Wert dieser Chance hängt von der Aussicht ab, die konkret erzielbaren Vorteile behalten zu können. Mit zunehmend *ungesicherter Position des Verletzers* nimmt der Wert der Chance ab, was – jedenfalls aus ökonomischer Sicht – zu einer *Reduktion* der Ausgleichsleistung im Verhältnis zu einem vertraglich geschuldeten Entgelt führt<sup>169</sup>.

Auch *immaterielle Beeinträchtigungen* von Immaterialgüterrechten sind aus ökonomischer Sicht auszugleichen. Es sollen die Anreize zu «kreativem Schaffen» – um beim Beispiel der Urheberrechte zu bleiben – nicht dadurch unterlaufen werden, dass der sich erwartungsgemäss mit dem Nutzen einstellende Schutz immaterieller Befugnisse wirkungslos bleibt. Darunter litte die Anreizwirkung der immaterialgüterrechtlichen Normen, weil zu einer Reduktion des Schadensvermeidungsaufwandes verleitet würde. Dergestalt würde der Güterallokationsplan durchkreuzt<sup>170</sup>. Für die Bemessung der Entschädigung wegen immaterieller Beeinträchtigung ist wohl massgeblich, was der spätere Geschädigte für die Verletzungsverhütung zu zahlen bereit gewe-

<sup>164</sup> Posner (Fn. 163), 3f., 8; Schäfer/Ott (Fn. 163), 3, 50f.

<sup>165</sup> Verzerrt wird die folgende Darstellung durch das Ausserachtlassen von Kosten, die durch eine Rechtsverletzung bei Dritten entstehen, sowie der Möglichkeiten, im Verhältnis zwischen Verletzer und Verletztem entstandene Kosten auf Dritte zu überwälzen.

<sup>166</sup> Schäfer/Ott (Fn. 163), 265, 270.

<sup>167</sup> Schäfer/Ott (Fn. 163), 518.

<sup>168</sup> Schlupe (Fn. 56), 197.

<sup>169</sup> Das Appellationsgericht Basel-Stadt hat die Entschädigung für einen weisungswidrigen Verbleib des Mieters in den Mieträumen unter anderem deswegen um einen Fünftel des früheren Mietzinses gekürzt, weil der Mieter mit dem Vollzug der angedrohten Räumung habe rechnen müssen (BJM 1985 249, 253).

<sup>170</sup> Vgl. Schäfer/Ott (Fn. 163), 125, 265, 270.

sen wäre, wenn er selbst die Wahrscheinlichkeit der Verletzung hätte bestimmen können<sup>171</sup>.

Endlich fordert eine ökonomische Betrachtung den (teilweisen) Einbezug der *Marktüberwachungskosten* in die vom Schädiger zu leistende Vergütung. Mit einem kostengerechten Aufwand kann nur ein Bruchteil der Rechtsverletzungen entdeckt und verfolgt werden. Zur Erlangung von Urheberrechten und damit zur ökonomisch bezweckten Förderung «kreativen Schaffens» wird so kein Anreiz gesetzt, da die erhofften Vorteile für die Entdeckung von Verletzungen aufgewendet werden müssen<sup>172</sup>.

d) *Vorteilhaftigkeit erlaubten Handelns als Ziel der Ausgestaltung von Normen über die Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen*

Soll das Individuum zu ausnahmsloser Normbefolgung bewegt werden, wäre die soeben mit ihren hauptsächlichsten Elementen umschriebene Geldleistung an den Verletzten um einen theoretisch minimalen Betrag zu erhöhen. Alsdann lohnt Unrecht nie. In dieser *zusätzlichen Erhöhung* der Vergütung liegt wohl der vom Zürcher Obergericht und vom Bundesgericht angesprochene «Verletzerzuschlag». Dieser «Verletzerzuschlag» hat nicht nur präventiven, sondern auch pönalen Charakter<sup>173</sup>.

e) *Die Systemwidrigkeit eines pönalen «Verletzerzuschlags»*

Nach dem eben Ausgeführten gebietet eine ökonomische Betrachtung einen Verletzerzuschlag, um vollständige Nachteilsliquidation und Vorteilsausgleichung herzustellen, und ist dieser Betrag – die «angemessene Vergütung» – um einen weiteren Zuschlag zu erhöhen. Nur so wird die in den primären Normen angestrebte Ressourcenallokation durch Sekundärnormen maximal unterstützt.

Trifft diese Analyse zu, so drängt die Frage, ob bei Immaterialgüterrechtsverletzungen *mehr* als integrale Nachteilsliquidation und Vorteilsabgeltung geschuldet sein soll. Dem Anliegen der *Systemkonformität* gehorchend ist ein Blick ins «allgemeine Privatrecht» zu werfen, wobei zum Zwecke des Vergleichs auch hier von der der Immaterialgüterrechtsverletzung am stärksten an-

genäherten Sachenrechtsverletzung auszugehen ist: der *Besetzung einer vom Eigentümer nicht mehr genutzten Wohnliegenschaft*. Nach der Rechtsprechung ist in einem solchen Falle eine Nutzungsentschädigung auf der Basis eines «faktischen Vertragsverhältnisses» geschuldet, nicht dagegen eine zusätzliche Leistung, die über den vollständigen Wertausgleich hinausgeht<sup>174</sup>. Der rechtmässige und der delinquente Nutzer werden gleichgestellt; eine privatrechtliche Bestrafung des letzteren ist unserer Ordnung fremd. Mithin wird die *Freiheit* des Rechtsträgers, über die Fremdbeanspruchung des ihm ausschliesslich zugewiesenen Gutes zu *entscheiden*, nicht als solche von der Rechtsordnung geschützt. Die Freiheit, zwischen befugter und unbefugter Nutzung zu entscheiden, entpuppt sich als eine solche des potentiellen Verletzers.

Eine «Privilegierung der widerrechtlich Handelnden» – so der gegenüber der Lizenzanalogie zu Recht erhobene Vorwurf – bedeutet diese Rechtslage nicht, da bei vollständiger Nachteilsliquidation und Vorteilsabgeltung (was die Vergütung nach der Lizenzanalogie nicht leistet) rechtmässiges Verhalten in der Hälfte all jener Entscheidungssituationen gefördert wird, in denen rechtmässiges und unrechtmässiges Verhalten überhaupt äquivalente Alternativen darstellen. Dies trifft ausschliesslich auf Verletzungen zu, die in einem bestimmungsgemässen Verhalten bestehen; wo die Ausgleichsleistung dagegen der Verlagerung eines Nutzenverlustes dient (bei Immaterialgüterrechten nie, bei dinglichen Rechten häufig), wird nicht als «Privilegierung der widerrechtlich Handelnden» empfunden, wenn sie nicht alle Nachteile zu liquidieren vermag<sup>175</sup>.

Kurzum: Es käme einer nicht zu rechtfertigenden *Ungleichbehandlung* und einer *systemwidrigen Rechtsfortbildung* gleich, würde bei Immaterialgüterrechtsverletzungen ein *pönaler* Zuschlag zuerkannt<sup>176</sup>. Hier zeigen sich Grenzen der rechtlichen Umsetzung einer ökonomischen Beurteilung von Rechtsfragen und eines richterrechtlichen Sonderzivilrechts für Immaterialgüter. Die

<sup>174</sup> Vgl. das Appellationsgericht Basel-Stadt in BJM 1985 249, 251 ff. betreffend den weisungswidrigen Verbleib in einer abzubrechenden Liegenschaft; BGE 63 II 368, 372 f. Erw. 3. In keinem der beiden Urteile ist ein Strafzuschlag auch nur erwogen worden; vielmehr ging der Streit darum, ob überhaupt ein vollständiger Mietzins zu leisten sei!

<sup>175</sup> Vgl. vorn III.2.e.

<sup>176</sup> Vorn (V.2.b, i) hat sich gezeigt, dass mit Blick auf die integrale Vorteilsabgeltung der Verletzer für den Eingriff in die *Entscheidungsfreiheit* des Berechtigten zu zahlen hat. Systemkonform ist dies in dem Ausmass, als dadurch die Entscheidungsfreiheit des Berechtigten im Wege von Sekundäransprüchen jenen Gehalt verliehen bekommt, wie ihn dingliche Rechte der Körperlichkeit der Sache wegen aufweisen. In entsprechender Höhe ist der Verletzerzuschlag zu gewähren (vgl. auch sogleich 4.).

<sup>171</sup> «Ex-ante-Zahlungsbereitschaft zur Unfallvermeidung» (Schäfer/Ott [Fn. 163], 306, vgl. auch S. 307 f., zur Bemessung von Vergütungsleistungen; vgl. auch Posner [Fn. 163], 198).

<sup>172</sup> Vgl. Schäfer/Ott (Fn. 163), 513 f.

<sup>173</sup> Nicht zufällig spricht das Bundesgericht in BGE 122 III 463, 467 Erw. 5c, cc von «Verschuldenszuschlag».



Zuspriechung eines solchen Pönalzuschlags reicht über die Vervollkommnung einer vorgezeichneten Werteordnung hinaus, bedingte einen strategischen (damit gesetzgeberischen), nicht nur einen taktischen (richterlichen) Entscheid.

#### 4. Zur Höhe des Verletzerzuschlags

Die Höhe des Verletzerzuschlags, wie er hier entwickelt worden ist, lässt sich naturgemäss nicht leicht bestimmen. Wer jedoch den Verletzerzuschlag wegen der *Unbestimmtheit seiner Höhe* ablehnt, müsste aus diesem Grund wegen ihrer strukturellen Verwandtschaft zum Verletzerzuschlag auch die Genugtuung ablehnen. Hier wie dort bleibt auf das *richterliche Ermessen* abzustellen.

Die Gründe, die den Verletzerzuschlag fordern, sind wegleitend bei der Bestimmung seiner Höhe: die Chance, vom Berechtigten nicht verfolgt zu werden bzw. die Schwierigkeit, Verletzungen festzustellen (Marktüberwachungsanstrengungen); die ungesicherte Position des Verletzers; das Ausmass immaterieller Beeinträchtigungen. Je mehr die typischen Merkmale von Immaterialgüterrechtsverletzungen ins Gewicht fallen, je geringer damit die Verwandtschaft zur typischen Verletzung dinglicher Rechte, um so höher der Verletzerzuschlag. Von besonderem Gewicht ist das Verhältnis der beiden korrelativen Faktoren: der Chance des Verletzers, nicht belangt zu werden, und seiner ungesicherten Position. Wo dieses Verhältnis jenem einer typischen Sachenrechtsverletzung nahe ist, vermag es allein keinen Verletzerzuschlag zu rechtfertigen. Nach den genannten Kriterien dürfte der Verletzerzuschlag bei Urheberrechten in aller Regel hoch<sup>177</sup>, bei Marken häufig überhaupt nicht geschuldet sein. Dabei sind die gesamten Umstände einer konkreten Verletzung einzubeziehen und ist von lediglich Typischem abzusehen. Dementsprechend ist etwa bei einer Patentverletzung auch auf die Erfindungshöhe Rücksicht zu nehmen, denn mit ihr hängt das Ausmass einer Beeinträchtigung in (auch) ideellen Interessen zusammen.

Von Bedeutung ist zudem das *Verschulden* des Verletzers: Zwar ist der Verletzerzuschlag keine Pönalleistung, doch ist auch im Immaterial-

<sup>177</sup> So im übrigen auch das österreichische und teilweise das deutsche Urheberrecht, vgl. die Hinweise in BGE 122 III 463, 465f. Erw. 5c, cc.

güterrecht – gleich wie im «allgemeinen Privatrecht» – die Nachteilsliquidation grundsätzlich verschuldensabhängig ausgestaltet<sup>178</sup>. Für die Vorteilsabgeltung, der der Verletzerzuschlag ebenfalls dient, trifft dies allerdings nicht zu<sup>179</sup>. In gewissem, im Einzelfall zu bestimmendem Umfang ist der Verletzerzuschlag darum verschuldensunabhängig.

## VI. Abschliessende Bemerkungen zu einer Urheberrechtsverletzung durch unbefugte Verwendung einer Photographie

Mit dem hier vorgeschlagenen doppelten Sanktionensystem hätte die Auseinandersetzung im Gefolge der zum Ausgangspunkt genommenen Begegnung der Photographin B. mit dem Regisseur M. an der «Heureka» in befriedigenderer Weise gelöst werden können: Zunächst hätte sich Frau B. auf das sonderzivilrechtliche Sanktionensystem für Immaterialgüterrechtsverletzungen berufen können, weil sie durch die Rechtsverletzung wohl keinen konkreten Schaden erlitten und Herr M. keinen, jedenfalls keinen nennenswerten (Ersparnis-)Gewinn erzielt hat. Dieses Sanktionensystem knüpft unmittelbar an die von Frau B. erlittene Urheberrechtsverletzung an. Frau B. hätte danach – gleich wie in Wirklichkeit geschehen – eine Vergütung nach den einschlägigen Verbandstarifen zugestanden. Der Verstoss gegen ihr ausschliessliches Recht, zu bestimmen, ob, wann und wie das von ihr gemachte Bild verwendet wird<sup>180</sup> – namentlich ein Verstoss gegen die abstrakten Nutzungs- und Gewinnerzielungsmöglichkeiten, der nicht zu einer konkreten Beeinträchtigung geführt hat, wohl aber auch ein Verstoss gegen teilweise ideelle Aspekte ihres Rechts<sup>181</sup> – sowie die grosse Chance des Herrn M., nicht als Verletzer entdeckt zu werden, wären mit einem Verletzerzuschlag auszugleichen gewesen.

<sup>178</sup> Vgl. Art. 41 Abs. 1 OR; für die Genugtuung, vgl. BGE 120 II 97, 99 Erw. 2c und BGE 117 II 50, 56 Erw. 3a.

<sup>179</sup> Für die *ungerechtfertigte Bereicherung*, vgl. Bucher (Fn. 56), 662; Gauch/Schluep (Fn. 103), N 1498; für die *Geschäftsanmassung*, vgl. BGE 97 II 169, 177f. Erw. 3a; Schmid (Fn. 56), Art. 423 N 21 ff., mit Hinweis auf gegenteilige Meinungen (Erfordernis der Bösgläubigkeit).

<sup>180</sup> Art. 10 Abs. 1 URG.

<sup>181</sup> Zu diesen Kategorien von Immaterialgüterrechtsverletzungen, die keine konkreten Vermögensfolgen hinterlassen, vgl. III. 1. a, iii.