

Entwicklungen im Versicherungsrecht Haftpflichtversicherungen – alternative Pflichtversicherungen

Variationen und Entwicklung der Bauleistung
Baufträge

Was ist der Robo-Judge?
Ein Messias?

EuGH: Verbot überschießender Kumulierung
Im Wirtschaftsstrafrecht

Grenzüberschreitende Umwandlungen in
Kleineren und größeren Dimensionen

Zu § 394 EO: Unionsrechtsgrenzen der
Immaterialgüterrechte

Soziale Gestaltung
Personenbedingter Kündigungen

Gastgarten bleibt rauchfreier „Raum“
Für Gäste und Nachbarn

Virtuelle Währungen
Blockchain und Überträge von (Bit-)Coins

EV zur Durchsetzung von Immaterialgüterrechten: Ist § 394 EO unionsrechtswidrig?

MICHAEL WOLLER / MARIE HORNYIK

A. Einleitung

Die Erfolgshaftung des § 394 EO bei entstandenen Schäden durch den Erlass ungerechtfertigter einstweiliger Verfügungen (EV) birgt ein durchaus hohes Risiko für Antragsteller, zumal – je nach Länge des Hauptverfahrens – beträchtliche Schadenssummen anfallen können. Dies könnte einerseits abschreckend auf Antragsteller wirken (was die Frage nach der Vereinbarkeit mit den Zielen der RechtsdurchsetzungsRL¹⁾ aufwirft), andererseits dient § 394 EO auch einem Interessenausgleich für die Unbill, die Antragsgegnern durch vorläufige, letztendlich aber ungerechtfertigte, Maßnahmen entsteht. Auf Unionsrechtsebene gibt Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL vor, dass angemessener Ersatz zu leisten ist, wenn eine EV ungerechtfertigt erlassen wurde. Der EuGH befasste sich in der E C-688/17, *Bayer Pharma*, unlängst mit der Auslegung dieser Bestimmung. Das Ergebnis der E wirft jedoch die Frage auf, ob § 394 EO mit dem Unionsrecht noch vereinbar ist.

B. § 394 EO

Die seit 1898 unverändert in Geltung stehende und äußerst praxisrelevante Bestimmung²⁾ des § 394 Abs 1 EO ermöglicht die Geltendmachung des *Vermögensschadens*, den der Gegner der gefährdeten Partei aufgrund der Befolgung einer am Ende *ungerechtfertigten* EV erlitten hat. Die Bestimmung lautet wörtlich:

„Wenn der gefährdeten Partei der behauptete Anspruch, für welchen die einstweilige Verfügung bewilligt wurde, rechtskräftig aberkannt wird, wenn ihr Ansuchen sich sonst als ungerechtfertigt erweist, oder wenn sie die zur Erhebung der Klage oder Einleitung der Execution bestimmte Frist versäumt, so hat die Partei, auf deren Antrag die einstweilige Verfügung bewilligt wurde, ihrem Gegner für alle ihm durch die einstweilige Verfügung verursachten Vermögensnachtheile Ersatz zu leisten. Die Höhe des Ersatzes hat das Gericht auf Antrag nach freier Überzeugung (§ 273 der Civilprozessordnung) durch Beschluss festzusetzen. Nach Eintritt der Rechtskraft findet auf Grund dieses Beschlusses Execution auf das Vermögen der Partei statt, welche die einstweilige Verfügung beantragt hat.“

Diese als *Erfolgshaftung* (auch *Eingriffs-* oder *Risikohaftung*) ausgestaltete Regelung soll einen Ausgleich für die relativ einfache und rasche Möglichkeit schaffen, einen den Gegenstand eines späteren Hauptverfahrens bildenden Anspruch vorläufig über eine EV zu sichern.³⁾ Nach dem Wortlaut der Bestimmung muss neben dem Eintritt eines durch die EV kausal verursachten Vermögensschadens⁴⁾ (und dem tatsächlichen späteren Wegfall der EV) für die Haftung der gefährdeten Partei lediglich eine der folgenden weiteren Voraussetzungen vorliegen:

- die rechtskräftige Aberkennung des gesicherten Anspruchs (1. Fall),
- der sonst ungerechtfertigte Antrag auf Erlassung der EV (2. Fall) oder
- die Versäumung der Rechtfertigungsfrist (3. Fall). Verschulden auf Seiten der gefährdeten Partei, die eine später ungerechtfertigte EV erwirkt hat, wird hingegen nicht gefordert. § 394 EO normiert daher seinem Wortlaut nach und auch nach einhelliger Meinung der Judikatur und Lehre⁵⁾ einen *verschuldensunabhängigen Ersatzanspruch*. Es geht bei § 394 EO nach bisheriger Auffassung nicht primär um den Missbrauch prozessualer Rechte, sondern um die Verteilung des Risikos einer „unrichtigen“ Entscheidung. Er gilt also auch selbst für gutgläubig gestellte Anträge, die sich letztlich als „unberechtigt“ erweisen.⁶⁾

Rechtsmissbrauch würde darüber hinaus zusätzlich über Abs 2 geahndet: Wurde die EV „*offenbar mutwillig*“ erwirkt, so kann gem Abs 2 auf Antrag des Gegners eine *Mutwillensstrafe* von bis zu € 4.000,- verhängt werden.⁷⁾

C. Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL

Die bis 26. 4. 2006 von den MS umzusetzende RechtsdurchsetzungsRL hat zum Ziel, ein *einheitliches, gleichwertiges und homogenes Schutzniveau* für geistiges Eigentum im Binnenmarkt zu schaffen.⁸⁾ Art 3 der RL besagt, dass die MS faire, „*nicht unnötig kompliziert[e] oder kostspielig[e]*“ Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe zur *Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums* vorsehen müssen. Darüber hinaus haben die Maßnahmen „*wirksam, verhältnismäßig und abschreckend*“ zu sein und *Gewähr gegen Missbrauch* zu geben.

Der der Vorgabe des Art 50 Abs 7 TRIPS-Abkommen folgende Art 9 Abs 7 der RL scheint auf den ersten Blick das unionsrechtliche Pendant zu § 394 EO zu sein und lautet:

Dr. Michael Woller, LL.M., MBA, ist Partner und Mag. Marie Hornyik ist Rechtsanwaltsanwältin bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 2004/195, 16.
- 2) Vgl *Kodek*, Funktion und Grenzen des Schadenersatzanspruchs, in FS Koziol 1179 (1179).
- 3) Vgl *Kodek* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (20. Lfg) § 394 EO Rz 1.
- 4) Für deren Nachweis Beweiserleichterungen bestehen (§ 273 ZPO).
- 5) Vgl *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren³ Rz 5.63 mwN; *Kodek*, Funktion und Grenzen des Schadenersatzanspruchs, in FS Koziol 1179 (1188) mwN.
- 6) *Kodek*, Funktion und Grenzen des Schadenersatzanspruchs, in FS Koziol 1179 (1179 f).
- 7) Vgl *Kodek* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (20. Lfg) § 394 EO Rz 71.
- 8) Vgl ErwGr 10 RechtsdurchsetzungsRL.

„Werden einstweilige Maßnahmen aufgehoben oder werden sie auf Grund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig, oder wird in der Folge festgestellt, dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag, so sind die Gerichte befugt, auf Antrag des Antragsgegners anzuordnen, dass der Antragsteller dem Antragsgegner angemessenen Ersatz für durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden zu leisten hat.“

Diese Bestimmung regelt also die Befugnis der nationalen Gerichte, auf Antrag des Antragsgegners anzuordnen, dass der Antragsteller *angemessenen Ersatz* für durch EV entstandene Schäden zu leisten hat, wenn die EV aufgehoben oder hinfällig wird, oder festgestellt wird, dass keine (drohende) Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag. Rsp des EuGH zur Auslegung dieser Bestimmung erging bis vor kurzem nicht.

D. EuGH-Entscheidung *Bayer Pharma*

Der EuGH⁹⁾ hatte sich kürzlich erstmals mit der Auslegung des Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL zu befassen. Die E erging aufgrund eines Vorlageantrags des ungarischen *Fővárosi Törvényszék*. Die Ausgangsverfahren betrafen Patentverletzungsstreitigkeiten, in denen gegen die Bekl zunächst EV ergingen, die in weiterer Folge aufgrund der Nichtigkeit des Klagepatents wieder aufgehoben wurden. Die Bekl beantragten daher die Zuerkennung von Schadenersatz aufgrund ungerechtfertigter EV.

1. Zum ungarischen Recht

Eine mit § 394 EO vergleichbare Spezialbestimmung oder eine besondere Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL entsprechende Umsetzungsvorschrift enthält das ungarische Recht aber offenbar nicht. Daher hatte das vorlegende Gericht Rückgriff auf die allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzbestimmungen zu nehmen. Diese ermöglichen zwar, eine Haftung eines Klägers für Schäden anzunehmen, die aufgrund einer ungerechtfertigten EV entstanden sind. Diese Haftung ist aber nicht verschuldensunabhängig, sondern sieht als subjektive Voraussetzungen auf Seiten des Schädigers vor, dass dieser nicht haftet, wenn er sich „so verhalten hat, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf,“¹⁰⁾ und auf Seiten der Geschädigten, dass diese verpflichtet sind, „so zu handeln, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf, um den Schaden zu vermeiden oder zu verringern.“¹¹⁾ Die Kl im Ausgangsverfahren machte daher im Lichte der zitierten Bestimmungen des ungarischen Rechts geltend, dass die Bekl doch selbst den Schaden verursacht hätten, der ihnen entstanden sein soll, indem sie die in Rede stehenden Erzeugnisse vorsätzlich und rechtswidrig (also trotz des damals noch aufrechten entgegenstehenden Patents) in Verkehr gebracht hätten. Gem § 340 Abs 1 uBGB könnten sie von der Kl daher nicht den Ersatz dieses Schadens verlangen.

2. Vorlagefragen

In der Tat ging offenbar auch das nationale Gericht davon aus, dass unter den Umständen des Ausgangs-

verfahrens die in Rede stehenden nationalen Rechtsvorschriften es dem Gericht nicht erlauben, den beantragten Schadenersatz zuzusprechen.¹²⁾ Vor diesem Hintergrund stellte es sich die Frage, ob dieses Ergebnis mit Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL vereinbar ist. Der EuGH fasst die Vorlagefragen wie folgt zusammen¹³⁾:

„Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art 9 Abs 7 [RechtsdurchsetzungsRL], insb der Begriff ‚angemessener Ersatz‘ in dieser Bestimmung, dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die vorsieht, dass eine Person nicht für den Schaden zu entschädigen ist, den sie dadurch erlitten hat, dass sie sich nicht so verhalten hat, wie es allgemein erwartet werden darf, um ihren Schaden zu vermeiden oder zu verringern, und die unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens das Gericht veranlasst, den Antragsteller auf Erlass einstweiliger Maßnahmen nicht zu verurteilen, den durch diese Maßnahmen verursachten Schaden zu ersetzen, obwohl das Patent, auf dessen Grundlage diese Maßnahmen beantragt und gewährt wurden, später für nichtig erklärt wurde.“

Damit steht die an die vorgenannten subjektiven Voraussetzungen geknüpfte Schadenersatzhaftung nach dem uBGB hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL auf dem Prüfstand.

3. Entscheidung des EuGH

Der EuGH führt zunächst aus, dass Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL die MS verpflichtet, in ihren Rechtsvorschriften den zuständigen Gerichten die Befugnis einzuräumen, dem Antragsteller auf Antrag des Antragsgegners aufzutragen, den durch die einstweiligen Maßnahmen iS dieses Artikels verursachten Schaden zu ersetzen. Diese Befugnis ist an folgende Voraussetzungen geknüpft:¹⁴⁾

- Erstens muss die einstweilige Maßnahme aufgehoben oder aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig werden oder es wird in der Folge festgestellt, dass keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag.
- Zweitens muss diese Befugnis den durch diese Maßnahmen entstandenen „Schaden“ betreffen.
- Drittens muss der Schadenersatz als „angemessener Ersatz“ geleistet werden.

9) EuGH 12. 9. 2019, C-688/17, *Bayer Pharma*.

10) § 339 Abs 1 des ungarischen Bürgerlichen Gesetzbuchs (uBGB), wie vom EuGH in der E wiedergegeben, bestimmt: „Wer einer anderen Person rechtswidrig einen Schaden zufügt, ist verpflichtet, diesen zu ersetzen. Von dieser Haftung ist befreit, wer nachweist, sich so verhalten zu haben, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf.“

11) § 340 Abs 1 uBGB, wie vom EuGH in der E wiedergegeben bestimmt: „Der Geschädigte ist verpflichtet, so zu handeln, wie es unter den gegebenen Umständen allgemein erwartet werden darf, um den Schaden zu vermeiden oder zu verringern. Der Teil des Schadens, der dadurch verursacht wurde, dass der Geschädigte dieser Pflicht nicht nachkommt, ist nicht zu ersetzen.“

12) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 57.

13) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 34.

14) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 38 f.

In weiterer Folge befasst sich der EuGH mit der Auslegung des Begriffs „angemessener Ersatz“. Er hält fest, dass es – mangels Verweises auf das nationale Recht der MS – nicht den MS überlassen bleibt, festzulegen, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Der Begriff ist als Begriff des Unionsrechts vielmehr autonom und einheitlich auszulegen. Der EuGH begründet dies insb mit dem Ziel der RL, ein einheitliches Niveau für die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentum zu schaffen.¹⁵⁾ Es sei aber Sache der nationalen Gerichte, in Ausübung der ihnen innerhalb dieses Rahmens übertragenen Befugnisse die besonderen Umstände der bei ihnen anhängigen Rs zu beurteilen, um zu entscheiden, ob der Antragsteller zu verurteilen ist, dem Antragsgegner Ersatz zu leisten, der „angemessen“, dh *in Anbetracht dieser Umstände gerechtfertigt*, sein muss.¹⁶⁾

In diesem Zusammenhang hält der EuGH – und das ist vor allem aus österr Sicht durchaus bemerkenswert – fest, dass der Umstand, dass eine einstweilige Maßnahme später aufgehoben bzw nicht gerechtfertigt wurde, zwar *Voraussetzung* für die Gewährung von Schadenersatz nach Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL ist. Die *Erfüllung dieser Voraussetzung allein genügt allerdings nicht* dafür, dass die Gerichte automatisch und in jedem Fall verpflichtet wären, den Antragsteller zum Ersatz jedweden Schadens zu verurteilen, der dem Antragsgegner aufgrund dieser Maßnahmen entstanden ist.¹⁷⁾ Schadenersatz wäre nämlich nur „*im Falle eines ungerechtfertigten Antrags*“ zuzusprechen.¹⁸⁾ In Rn 64 heißt es dazu weiter: „*Was den Umstand anbelangt, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden einstweiligen Maßnahmen aufgehoben wurden, kann dieser zwar (...) eine der Voraussetzungen darstellen, die für die Ausübung der Befugnis nach Art 9 Abs 7 [RechtsdurchsetzungsRL] erforderlich sind, jedoch kann er nicht als solcher als ausreichender Beleg dafür betrachtet werden, dass der Antrag, der den aufgehobenen einstweiligen Maßnahmen zugrunde lag, ungerechtfertigt war.*“¹⁹⁾

Der EuGH begründet dies damit, dass Rechtsinhaber durch zu weitreichende Schadenersatzbestimmungen davon abgehalten werden könnten, überhaupt einstweilige Maßnahmen nach Art 9 der RL in Anspruch zu nehmen, was mit dem Ziel der RL, ein hohes Schutzniveau für geistiges Eigentum zu gewährleisten nicht vereinbar wäre.²⁰⁾ Vor diesem Hintergrund (und im Lichte der in Art 3 der RL festgelegten Grundsätze der Fairness, Verhältnismäßigkeit und der Vermeidung von Schranken für den rechtmäßigen Handel) scheint der EuGH die Schwelle für die Beurteilung einer Maßnahme als „*ungerechtfertigt*“ recht hoch zu legen. „*Ungerechtfertigt*“ wäre ein EV-Antrag demnach, wenn er *missbräuchlich* erhoben worden wäre.²¹⁾ Folglich verlangt der EuGH vom vorlegenden Gericht, zu prüfen, ob der Antragsteller die in Art 9 Abs 7 der RL vorgesehene Maßnahme *nicht missbräuchlich* verwendet hat. Zu diesem Zweck muss es alle objektiven Umstände der Rs, einschließlich des Verhaltens der Parteien, *gebührend berücksichtigen*.²²⁾

E. Ist § 394 EO mit der RechtsdurchsetzungsRL vereinbar?

Die Ausführungen des EuGH in seiner E *Bayer Pharma* scheinen mit der strikten verschuldensunabhängigen Haftung gem § 394 EO nicht im Einklang zu stehen. So sieht § 394 Abs 2 EO für missbräuchlich (mutwillig) gestellte Anträge lediglich eine zusätzliche Strafsanktion vor, was die Zuerkennung von Schadenersatz für ungerechtfertigte, aber nicht missbräuchlich gestellte Anträge freilich nicht ausschließt.

Die Haftung nach § 394 EO knüpft vielmehr im Kern ausschließlich an die Voraussetzung an, dass eine zunächst erlassene EV später aufgehoben bzw nicht gerechtfertigt wird. Damit setzt sie sich in Widerspruch zu den Ausführungen des EuGH, wonach dies allein ja gerade nicht ausreichen soll, um den Antrag, der den aufgehobenen einstweiligen Maßnahmen zugrunde lag, als „*ungerechtfertigt*“ iS der Rn 60 der E *Bayer Pharma* anzusehen.²³⁾ Das nach hM § 394 EO zugrunde liegende Erfolgs- bzw Risikohaftungskonzept steht den Zielen der RL entgegen, weil eine derart weitreichende und nicht einmal an das Verschulden des Antragstellers geknüpfte Haftung Rechtsinhaber davon abhalten könnte, überhaupt einstweiligen Rechtsschutz zu begehren. Das erinnert an die Argumente, mit denen die analoge Anwendung des § 394 EO auf EV nach dem Kartellgesetz verneint wird: Die im öffentlichen Interesse liegende Durchsetzung des Kartellrechts wäre empfindlich beeinträchtigt, stünden die Amtsparteien und Regulatoren unter der strengen Haftung des § 394 EO.²⁴⁾ In die völlig entgegengesetzte Richtung geht freilich das dem österr Gesetzgeber unterstellte Ziel, mit der Haftung nach § 394 EO die Sorgfalt der gefährdeten Partei bei Beantragung und Rechtfertigung einer EV fördern zu wollen.²⁵⁾

Ein möglicher Ausweg, um den Interessenausgleich zu schaffen, wäre eine verstärkte Interessenabwägung bereits vor Erlass der EV, wie es schon die GeschäftsgeheimnisRL in Art 11 Abs 2 bzw § 26 j Abs 2 UWG vorgezeichnet haben.²⁶⁾ Würden die Gerichte auch im Bereich des Immaterialgüterrechtsschutzes schon vorbeugend verstärkt auf die Verhältnismäßigkeit eingehen²⁷⁾ und hinterfragen, ob im Einzelfall der Erlass einer EV tatsächlich das probate Mittel ist, so käme es möglicherweise seltener zu der

15) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 40 ff.

16) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 51.

17) Vgl EuGH *Bayer Pharma*, Rn 52.

18) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 60.

19) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 64.

20) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 65.

21) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 68.

22) EuGH *Bayer Pharma*, Rn 70.

23) Wohl überholt somit *Kodek*, Funktion und Grenzen des Schadenersatzanspruchs, in FS Koziol 1179 (1182), der der RechtsdurchsetzungsRL noch die Regelung einer „offenbar verschuldensunabhängigen“ Haftung unterstellt, freilich aber die Angemessenheit des Schadenersatzes in der Bestimmung seiner Höhe festmacht.

24) Siehe *Kodek*, Funktion und Grenzen des Schadenersatzanspruchs, in FS Koziol 1179 (1187).

25) *König*, Einstweilige Verfügungen im Zivilverfahren⁵ Rz 5.63.

26) Vgl näher dazu *Hofmarcher*, Der neue Know-how- und Geschäftsgeheimnisschutz (in Druck).

27) Siehe dazu die ausdrückliche Anordnung in Art 3 Abs 2 RechtsdurchsetzungsRL, die die Wirksamkeit und Verhältnismäßigkeit als gleichwertig zu berücksichtigende Kriterien für die Anordnung einstweiliger Maßnahmen ansieht.

Situation, dass eine später aber doch ungerechtfertigte EV zu einem unbilligen und möglicherweise nicht zu ersetzenden Schaden führt.

Ferner stellt sich die Frage, ob die dargelegten Grundsätze auch außerhalb des Anwendungsbereichs der RechtsdurchsetzungsRL anwendbar sein könnten. Im Geschäftsgeheimnisschutzrecht wäre eine analoge Anwendung durchaus angebracht, denn Art 3 und Art 9 Abs 7 RechtsdurchsetzungsRL sind nahezu ident mit Art 6 und Art 11 Abs 5 GeschäftsgeheimnisRL. Bemerkenswert ist, dass in den neuen Bestimmungen zum Geschäftsgeheimnisschutz im UWG nicht auf § 394 EO verwiesen, sondern Art 11 Abs 5 GeschäftsgeheimnisRL beinahe wortgleich in § 26j Abs 5 UWG implementiert wurde. Die Durchsetzung nicht registrierter Kennzeichenrechte nach § 9 UWG sollte grds vom Anwendungsbereich der RechtsdurchsetzungsRL erfasst sein (schließlich handelt es sich auch hierbei dogmatisch um „gewerbliche Schutzrechte“).²⁸⁾ Darüber hinausgehend scheint für Verstöße gegen das UWG (insb wegen irreführender, aggressiver oder sonst unlauterer Handlungen)²⁹⁾ aber weiterhin § 394 EO anwendbar zu sein. Bei diesem Ergebnis ist ein gewisser Wertungswiderspruch nicht zu verleugnen: Kann dem Gesetzgeber tatsächlich unterstellt werden, die Ersatzpflicht für ungerechtfertigte EV zur Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte bzw des Geschäftsgeheimnisschutzes einerseits entscheidend anders zu behandeln, als jene für EV wegen Verstößen gegen (andere) Bestimmungen des UWG? Allenfalls könnte hier das Anlegen eines höheren Sorgfaltsmaßstabs an den Antragsteller bei der Erwirkung von EV, die nicht auf die Durchsetzung geprüfter registrierte Rechte (wie im Ausgangsverfahren zu EuGH *Bayer Pharma*) abzielen, helfen. So könnten die Gerichte im Rahmen ihres eingeräumten Ermessensspielraums bei der Beurteilung der Ersatzpflicht etwa auch berücksichtigen, ob der Antragsteller vor Beantragung einer EV ausreichende Erkundigungen (etwa Rechts- und technische Gutachten) eingeholt hat, um beurteilen zu können, ob der zu sichernde Anspruch tatsächlich besteht, bevor er eine EV beantragt (widrigenfalls könnte man die EV noch eher als „missbräuchlich“ iS des EuGH ansehen und eine Ersatzpflicht im Einzelfall bejahen).

F. Fazit

Seit über 120 Jahren regelt § 394 EO einen (verschuldensunabhängigen) Schadenersatzanspruch für

ungerechtfertigte EV, um das Risiko einer unrichtigen Entscheidung auf die Verfahrensbeteiligten mehr oder weniger gleichmäßig zu verteilen. Auch Art 9 Abs 7 der RechtsdurchsetzungsRL sieht solch einen Ausgleich vor, jedoch stellt dieser auf die *Angemessenheit* des Ersatzes ab.

In der gegenständlichen E hält der EuGH fest, dass „angemessen“ als Begriff des Unionsrechts autonom sowie einheitlich und als in Anbetracht der Umstände gerechtfertigt auszulegen ist. Die Gerichte sind daher nicht automatisch und in jedem Fall verpflichtet, Schadenersatz zuzusprechen, wenn eine EV später aufgehoben bzw nicht gerechtfertigt wurde, sondern „nur im Falle eines ungerechtfertigten Antrags“. Der EuGH knüpft die Beantwortung der Frage, ob ein Antrag „ungerechtfertigt“ war, aber nicht (allein) an den objektiven Umstand, dass die EV im späteren Hauptverfahren nicht gerechtfertigt werden konnte, sondern fordert offenbar auf subjektiver Seite, dass der Antrag auf EV „missbräuchlich“ gestellt wurde. Dies vor dem Hintergrund, dass Rechteinhaber ansonsten davon abgeschreckt werden könnten, EV zu beantragen, was den Zielen der RechtsdurchsetzungsRL widersprechen würde, ein einheitlich hohes Schutzniveau für geistiges Eigentum³⁰⁾ (einschließlich gewerblicher Schutzrechte)³¹⁾ zu gewährleisten.

Als Korrektive bleiben freilich der ebenfalls in der RL verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie allenfalls die Auslegung des Begriffs „missbräuchlich“ bzw „ungerechtfertigt“ im jeweiligen Einzelfall. Insgesamt bestehen aber erhebliche Zweifel daran, dass die strikte Erfolgshaftung des § 394 EO mit dem Unionsrecht vereinbar ist – jedenfalls soweit sie EV zur Durchsetzung von Rechten des geistigem Eigentums bzw gewerblichen Schutzrechten betrifft.

28) Die vom OGH rein prozessrechtlich und vom nationalen Gesetzgeber getriebene Auslegung in *Bau Service GmbH* (OGH 4 Ob 239/18b ecolex 2019, 611 [*Thiele*]) kann zur unionsrechtlichen Einordnung des in Art 1 RechtsdurchsetzungsRL enthaltenen Begriffs „gewerbliche Schutzrechte“ nicht herangezogen werden.

29) Zumindest soweit sie nicht wiederum zumindest iWvS der Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte dienen, was insb bei § 2 Abs 3 UWG (vgl OGH 17 Ob 10/11 m, *Jungle Man*, ecolex 2011, 837 [*Horak*]) aber auch bei § 1 UWG (vgl OGH 4 Ob 212/11 x, *Trikot der Nationalmannschaft*, ecolex 2012, 501 [*Horak*]), nicht allzu fern liegt.

30) Siehe ErwGr 10 RechtsdurchsetzungsRL.

31) Art 1 RechtsdurchsetzungsRL.