BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 212/08

Verkündet am:
14. Oktober 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Mega-Kasten-Gewinnspiel

BGB § 254 Abs. 1 Ea, § 278

Verlangt ein Mandant, der aufgrund einer Abmahnung Kenntnis von der Unvollständigkeit der Markenrecherche hat, die sein Rechtsanwalt für ihn durchgeführt hat, von diesem Anwalt Schadensersatz, muss er sich unter Umständen ein Verschulden des von ihm zur Abwehr der Abmahnung eingeschalteten Zweitanwalts anrechnen lassen.

BGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - I ZR 212/08 - OLG München
LG München I

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. Juni 2008 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I, 27. Zivilkammer, vom 13. Juli 2007 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Rechtsmittel tragen die Beklagten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin stellt alkoholfreie Getränke her. Sie macht gegen die Beklagten, Partner einer Rechtsanwaltssozietät, Ansprüche wegen fehlerhafter marken- und wettbewerbsrechtlicher Beratung geltend.

2 Die Klägerin beauftragte die Werbeagentur E. GmbH mit der Entwicklung eines Gewinnspiels für das Frühjahr 2004. Dafür sollten in Getränkekisten verkaufte Flaschen nummerierte Deckel erhalten. Die Käufer sollten die Nummern auf Teilnahmekarten übertragen und die Karten an die Klägerin einsenden, um an Preisauslosungen teilzunehmen.

3 Bei der Entwicklung des Gewinnspiels wurde die Werbeagentur marken- und wettbewerbsrechtlich von den Beklagten beraten. Der Beklagte zu 1 führte eine Markenrecherche in den Klassen 32, 33 und 41 für die als Bezeichnung des Gewinnspiels ins Auge gefassten Bezeichnungen "MKL" und "Mega-Kasten-Lotto" durch. Wegen der Befürchtung, die Nordwestdeutsche Klassenlotterie könne wegen ihrer Marke "NKL" gegen die Marke "MKL" vorgehen, entschloss sich die Werbeagentur dazu, das Gewinnspiel "MKG - Mega-Kasten-Gewinnspiel" zu nennen, und veranlasste selbst eine Markenrecherche in demselben Umfang, wie sie der Beklagte zu 1 ursprünglich durchgeführt hatte. Das Ergebnis dieser Recherche übersandte die Werbeagentur dem Beklagten zu 1 am 18. März 2004 per E-Mail. Dieser antwortete mit Telefax vom 20. März 2004, dass die Bezeichnung "MKG - Mega-Kasten-Gewinnspiel" Aufwand und Risiko erheblich reduziere.

4 Mit Schreiben vom 2. März 2004 teilte der Beklagte zu 1 der für die Werbeagentur tätigen Zeugin K. Folgendes mit:

> Nach der mir vorliegenden Konzeption ist es notwendig, dass ein Teilnehmer an dem Spiel ein Getränk kauft, um so in den Besitz eines Deckels zu gelangen, auf dem sich eine Losnummer befindet. Zwar vollzieht sich im Bereich der rechtlichen Zulässigkeit der Koppelung der Teilnahme an einem Gewinnspiel an einen Kauf derzeit ein gewisser Wandel, doch wird eine Rechtssicherheit nur dann erreicht, wenn neben der Möglichkeit des Kaufes eine weitere, **gleichwertige** Möglichkeit einer Teilnahme **ohne** Kauf besteht. Dies wird in der Regel dadurch gewährleistet, dass der Teilnehmer über eine kostenlose Telefonleitung oder durch Einsenden einer Postkarte den Teilnahmeschein (hier: Deckel) bestellen kann. Auf diese Teilnahmemöglichkeit muss deutlich hingewiesen werden.
>
> Dass einem täglich derartige Gewinnspiele auch ohne die Möglichkeit der kostenlosen Teilnahme begegnen, ändert daran nichts.
>
> (Hervorhebung im Original)

5 Am 9. März 2004 schlossen die Beklagten mit der Klägerin eine Vereinbarung, durch die ihre Haftung für die Überprüfung des geplanten Gewinnspiels auf eine Million Euro beschränkt wurde.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 Nachdem die Zeugin K. dem Beklagten zu 1 am 16. März 2004 per E-Mail mitgeteilt hatte, dass das Projekt an den Portokosten für die Versendung von angeforderten Deckeln zu scheitern drohe, telefonierte am nächsten Tag der Beklagte zu 2 mit ihr. Er teilte der Zeugin mit, dass die Teilnahme über den Postweg als nicht gleichwertig angesehen werden könne, und schlug ihr ergänzend eine Teilnahmemöglichkeit über das Internet vor. Am 17. März 2004 sandte die Zeugin eine E-Mail mit folgendem Inhalt an den Beklagten zu 1:

> Sehr geehrter Herr Dr. S. ,
>
> .... was spricht eigentlich dagegen, dass wir nur 2 Wege der Teilnahme haben.
>
> Teilnahme Karten: Zahl der Deckel eintragen, ausreichend frankieren und einsenden.
>
> 1. Online-Teilnahme: Diese Möglichkeit wird in den Werbemitteln angeboten werden. Besuch der Seite www. und hier dann online die Deckelnummern angeben, die der Teilnehmer den von ihm gekauften Produkten entnimmt, sowie die Adressdaten.
>
> 2. Besuch der Seite www. und hier dann online die Deckelnummern bestellen. Ein physischer Deckelversand findet hier nicht statt, aber der Teilnehmer erhält eine Retour-Mail, dass die Deckel mit den Nummern ABC auf ihn registriert sind. In diesem Fall dient der Ausdruck der E-Mail als Beleg, dass der Teilnehmer der Besitzer der Deckelnummern ist.
>
> Damit hätten wir doch eigentlich alles abgedeckt: Die ganz reguläre Teilnahme mit Karte nach den Nummern der gekauften Flaschen, Teilnahme online, also ohne Portokosten für den Teilnehmer und Eingabe der Nummern der gekauften Flaschen.
>
> Teilnahme ohne Kauf, ja sogar ohne auch nur das Geschäftslokal zu betreten, ist online gegeben. Irgendwelches portoträchtiges Versenden von Deckeln entfällt, da alles online und per E-Mail läuft.
>
> Gefällt uns ganz, melde mich hierzu aber morgen früh dann auch telefonisch.
>
> Mit freundlichen Grüßen
>
> ...

7 Im Anschluss an diese E-Mail telefonierte die Zeugin K. mit dem Beklagten zu 1. Mit E-Mail vom 22. März 2004 übersandte die Zeugin ihm die überarbeiteten Teilnahmebedingungen, die eine Anforderung von Deckeln ohne Warenkauf nur noch über das Internet vorsahen. Mit Schreiben vom 23. März 2004 führte der Beklagte zu 1 Folgendes aus:

Im vorliegenden Fall sind Gewinnzahlen auf dem Deckel einer Mineralwasserflasche aufgedruckt. Der Erwerb einer Flasche, um an dem Gewinnspiel teilnehmen zu können, liegt also nahe. Mit dem Fall der Zugabeverordnung am 31. August 2001 ist zwar das einzige gesetzliche Verbot der Kopplung einer Teilnahme an einer Verlosung an einen Kauf gefallen. Dennoch hält die Rechtsprechung eine derartige Kopplung für unzulässig, wenn die von der Aktion angesprochenen Verkehrskreise in "übertriebener" Weise angelockt werden. Das kann beispielsweise durch zu hohe Gewinne geschehen. Maßstab hierfür ist der durchschnittlich informierte und interessierte Verbraucher. Im Falle eines überwiegend an Jugendliche gerichteten Gewinnspiels hat das Landgericht München I im Februar vergangenen Jahres eine derartige Kopplung wegen der Vielzahl der Gewinne und des Hauptpreises in Höhe von einer Million Euro für unzulässig gehalten (NJW 2003, 3066 f.). Deswegen kann auch der "Werbedruck" für eine Aktion für eine Beurteilung dieser Frage herangezogen werden. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass sich die Aktion keineswegs nur oder in erster Linie an Jugendliche richtet.

Weiterhin wird der "Werbedruck" auch durch die Möglichkeit der alternativen Teilnahme (hier Internet, Postkarte) verringert. Auf diesen Werbedruck ist auch bei der Gestaltung der Werbung zu achten.

8 Die Klägerin begann am 17. Mai 2004 mit der Durchführung des Gewinnspiels. Mit Abmahnung vom 4. Juni 2004 wandte sich der Inhaber der für die Dienstleistungen Werbung, Unternehmensverwaltung, Transportwesen und Verpflegung beim Deutschen Patent- und Markenamt eingetragenen Marke Nr. 39525282 MKG gegen die Verwendung der Bezeichnung "MKG" für das Gewinnspiel.

9 Am 10. Juni 2004 erließ das Landgericht Hamburg auf Antrag eines Mitbewerbers der Klägerin im Beschlussweg ohne Begründung eine einstweilige Verfügung, mit der der Klägerin die weitere Durchführung des Gewinnspiels verboten wurde. In der vorangegangenen Abmahnung hatte der Mitbewerber das Gewinnspiel unter den Gesichtspunkten eines übertriebenen Anlockens (Hauptpreis eine Million Euro), eines echten Kaufzwangs (Teilnahme per Internet keine ausreichende Alternative) und einer Irreführung (keine Angabe, wie oft die ausgelobten Gewinne vergeben würden) angegriffen. Die Klägerin beendete das Gewinnspiel unmittelbar nach Zustellung der einstweiligen Verfügung am 14. Juni 2004 und gab am 16. Juli 2004 eine Abschlusserklärung ab.

10 Am 6. Juli 2004 einigte sich die - nunmehr anderweitig anwaltlich beratene - Klägerin mit dem Inhaber der Marke "MKG" über den Abverkauf der bereits mit "MKG" gekennzeichneten Flaschen gegen Zahlung von 25.000 € zuzüglich Anwaltskosten.

11 Die Klägerin begehrt von den Beklagten als Gesamtschuldnern wegen Beratungsfehlern 825.348,20 € Schadensersatz zuzüglich Zinsen. Das Landgericht hat der Klage nach Vernehmung der Zeugin K. dem Grunde nach stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Senat zugelassenen Revision. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

12 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin sei aktivlegitimiert, weil sie in den Schutzbereich des zwischen den Beklagten und der Werbeagentur abgeschlossenen Anwaltsvertrags einbezogen worden sei; ihr stünden aber im Hinblick auf die Beratung der Beklagten keine Schadensersatzansprüche zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

13 Der Beklagte zu 1 habe bei seiner markenrechtlichen Beratung zwar pflichtwidrig einen Hinweis an die Werbeagentur unterlassen, dass deren Recherche zu dem Zeichen MKG unvollständig gewesen sei, weil sie die Dienstleistungen Werbung und Verpflegung nicht erfasse; dies beruhe wiederum auf einer unzureichenden Recherche des Beklagten zu 1 zu dem ursprünglich ins Auge gefassten Zeichen MKL. Dem Schadensersatzanspruch stehe insoweit aber ein ganz überwiegendes Mitverschulden der Klägerin (§ 254 Abs. 1 BGB) entgegen. Sie habe grob fahrlässig gegenüber den eigenen Belangen gehandelt, weil sie dem Inhaber der Marke "MKG" für die Gestattung des Abverkaufs

der bereits gekennzeichneten Flaschen bedingungslos - nach ihrem von den Beklagten bestrittenen Vortrag - mehr als 30.000 € gezahlt habe, ohne den Nichtbenutzungseinwand gemäß § 25 Abs. 1 MarkenG zu erheben oder sich zumindest die Rückforderung bei fehlendem Benutzungsnachweis vorzubehalten. Da die Klägerin im vorliegenden Verfahren keine Benutzung dargelegt habe, sei davon auszugehen, dass die Marke MKG nicht rechtserhaltend benutzt worden sei. Der wegen der markenrechtlichen Beratung geltend gemachte Schaden beruhe somit ganz überwiegend auf einer Zahlung der Klägerin zur Abwendung einer unbegründeten Forderung, so dass die Beklagten insoweit nicht zum Schadensersatz verpflichtet seien.

14 Auch wegen der wettbewerbsrechtlichen Beratung der Beklagten stehe der Klägerin kein Schadensersatzanspruch zu. Die Klägerin mache hier eine mangelnde Aufklärung über die mit der geplanten Konzeption des Gewinnspiels verbundenen Risiken geltend. Die Kausalität dieser behaupteten Pflichtverletzung für das Verbot des Gewinnspiels durch die einstweilige Verfügung des Landgerichts Hamburg sei indes nicht schlüssig dargelegt. Denn die Abmahnung des Mitbewerbers sei mit drei verschiedenen Umständen (zu hoher Gewinn, Kaufzwang, unklare Auslobung) begründet worden. Es sei nicht ersichtlich, dass das Landgericht sein Verbot gerade auf die nicht ausreichende Möglichkeit der Gewinnspielteilnahme ohne Kauf gestützt habe.

15 Auch unabhängig davon stehe der Klägerin kein Anspruch wegen der wettbewerbsrechtlichen Beratung der Beklagten zu. Zwar sei eine Kopplung von Warenabsatz und Gewinnspielteilnahme grundsätzlich sittenwidrig i.S. des § 1 UWG a.F. gewesen. Im hier maßgeblichen zweiten Quartal 2004 sei zudem unsicher gewesen, ob das Angebot der Teilnahme im Internet ausreichen würde, den Eindruck einer unzulässigen Kopplung aufzuheben. Der Beklagte zu 1

habe auf diese Gefahren hinweisen müssen. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sei aber davon auszugehen, dass er dies ausreichend getan habe.

16 II. Die Revision hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat einen Schadensersatzanspruch der Klägerin sowohl im Hinblick auf die marken- als auch auf die wettbewerbsrechtliche Beratung der Beklagten zu Unrecht verneint.

17 1. Ohne Rechtsfehler ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Klägerin in den Schutzbereich des zwischen der Werbeagentur und den Beklagten abgeschlossenen Beratungsvertrags einbezogen worden ist. Die Revisionserwiderung erhebt hierzu auch keine Gegenrügen.

18 2. Das Berufungsgericht hat auch zu Recht angenommen, dass es der Beklagte zu 1 pflichtwidrig unterlassen hat, auf eine Erstreckung der Markenrecherche zu der Bezeichnung "MKG" auf die Klassen 35 und 43 der Anlage 1 zur Markenverordnung hinzuwirken, die unter anderem Werbung und Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen umfassen. Bei einem Marketingzwecken dienenden Gewinnspiel für Getränke war wegen der bestehenden Waren- und Dienstleistungsnähe die Einbeziehung dieser Klassen in die Recherche geboten. Das Berufungsgericht hat jedoch fehlerhaft die Haftung der Beklagten für den der Klägerin im Zusammenhang mit der Abmahnung aus der Marke "MKG" entstandenen Schaden gänzlich ausgeschlossen, weil die Klägerin den Einwand der Nichtbenutzung weder gegenüber dem Markeninhaber erhoben noch sich in dem Vergleich vorbehalten habe.

19 a) Allerdings kann die Klägerin nicht geltend machen, ihr könne schon deshalb kein Mitverschulden angerechnet werden, weil sie für ein Verschulden des von ihr beauftragten Anwalts gegenüber den Beklagten nicht einzustehen habe. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist der Einwand mit-

wirkenden Verschuldens bei dem hier vorliegenden Sachverhalt nicht von vornherein ausgeschlossen. Zwar greift dieser Einwand nicht, wenn die Verhütung des entstandenen Schadens nach dem Vertragsinhalt - vor allem im rechtlichen Bereich - allein dem in Anspruch genommenen Berater (hier den Beklagten) oblag (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2005 - IX ZR 276/03, NJW-RR 2005, 1435 f.). Dies gilt grundsätzlich auch in Fällen, in denen ein Zweitanwalt pflichtwidrig einen eigenen Schadensbeitrag gesetzt hat. Die Anrechnung eines Mitverschuldens des Mandanten setzt voraus, dass dieser sich des Zweitanwalts bedient hat, um eine im eigenen Interesse gebotene Obliegenheit zur Abwehr oder Minderung des Schadens zu erfüllen, der durch den in Anspruch genommenen Erstanwalt herbeigeführt wurde (BGH, Urteil vom 20. Januar 1994 - IX ZR 46/93, NJW 1994, 1211, 1212; Urteil vom 7. April 2005 - IX ZR 132/01, NJW-RR 2005, 1146, 1147). Eine solche Obliegenheit des Mandanten zur Schadensabwehr besteht, wenn er um die Gefährdung seiner rechtlichen Interessen weiß. Bemüht er sich dann mit anwaltlicher Hilfe darum, Nachteile abzuwenden oder zu verringern, so wird der Zweitanwalt zugleich zur Erfüllung der Obliegenheit des Mandanten zur Schadensabwehr im Hinblick auf die Pflichtverletzung des Erstanwalts tätig (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juli 1994 - IX ZR 204/93, NJW 1994, 2822, 2824).

20 Ein solcher Fall liegt hier vor. Als Folge der Pflichtverletzung der Beklagten ist die Klägerin durch den Markeninhaber abgemahnt worden. Sie hatte damit Kenntnis davon, dass die Markenrecherche unvollständig war und die Beklagten ihre Beratungspflichten insoweit verletzt hatten. Die Zweitanwälte sollten die Interessen der Klägerin bei der Abwehr der Abmahnung und damit der Folgen der Pflichtverletzung der Beklagten wahren. Bei dieser Sachlage kommt es grundsätzlich in Betracht, dass sich die Klägerin den Beklagten gegenüber eine etwaige Pflichtverletzung ihrer Anwälte über § 254 Abs. 1, § 278 BGB anrechnen lassen muss (vgl. BGH, NJW 1994, 2822, 2824).

21 b) Die tatrichterlichen Feststellungen vermögen jedoch die völlige Haftungsfreistellung der Beklagten im Hinblick auf ihre markenrechtliche Beratung in Anwendung der Vorschrift des § 254 Abs. 1 BGB nicht zu rechtfertigen.

22 aa) Die Bewertung des Verhaltens der Rechtsanwälte der Klägerin als grob fahrlässig wird von dem festgestellten Sachverhalt nicht getragen.

23 Es ist schon fraglich, ob der Abschluss der Vereinbarung mit dem Markeninhaber vor Geltendmachung des Nichtbenutzungseinwands oder ohne Vorbehalt des Nutzungsnachweises der Marke "MKG" unter den Umständen des vorliegenden Falls überhaupt pflichtwidrig war. Die Klägerin hat vorgetragen, dass sie nur durch eine Vereinbarung mit dem Markeninhaber die unverzügliche weitere Auslieferung von 25 Millionen Flaschen, die bereits mit "MKG" auf den Deckeln gekennzeichnet gewesen seien, habe ermöglichen und nur so ihre Lieferfähigkeit habe erhalten können. Im Hinblick auf diesen Zeitdruck habe sie die Benutzungslage nicht eingehend prüfen können und das Risiko einer die weitere Auslieferung der Flaschen verbietenden einstweiligen Verfügung ausschließen müssen. Falls die Klägerin ihre Anwälte im Hinblick auf einen Lagerbestand von 25 Millionen mit "MKG" gekennzeichneten Flaschen ausdrücklich gebeten haben sollte, sich auf jeden Fall schnellstmöglich mit dem Markeninhaber zu einigen - was nicht fernliegend erscheint, aber nicht festgestellt ist -, käme ein Anwaltsverschulden nicht in Betracht. Unter den von der Klägerin vorgetragenen Umständen war eine auch für den Markeninhaber befriedigende Einigung kurzfristig geboten, weil sonst nicht hätte ausgeschlossen werden können, dass der Markeninhaber zunächst eine Verbotsverfügung gegen den Weitervertrieb der Flaschen beantragt hätte, um den Verhandlungsdruck auf die Klägerin zu erhöhen. Hätte der Markeninhaber eine Beschlussverfügung erhalten, wären der Klägerin sofort massive Schwierigkeiten entstanden. Es ist auch nicht ersichtlich, wieso der Markeninhaber darauf hätte eingehen müssen, die Verein-

barung unter dem Vorbehalt einer Rückforderung bei mangelndem Benutzungsnachweis abzuschließen. Zudem wäre bei den hier für die Marke "MKG" geschützten Dienstleistungen Werbung und Verpflegung die Klärung der Benutzungsfrage schwieriger und zeitaufwendiger gewesen als bei Waren.

24 Unter diesen Umständen kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Abschluss der Vereinbarung mit dem Markeninhaber ein vertretbares anwaltliches Verhalten darstellte. Auf keinen Fall begründete das Vorgehen der Anwälte der Klägerin einen das Verschulden der Beklagten gänzlich ausschließenden Vorwurf grober Fahrlässigkeit.

25 bb) Zudem enthält das Berufungsurteil keine nachprüfbaren Ausführungen zur Gewichtung und Abwägung der jeweiligen Verursachungsanteile der Parteien bezüglich des konkreten Schadensereignisses.

26 Zwar kann ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt der Mitverursachung gemäß § 254 Abs. 1 BGB auch eine vollständige Überbürdung des Schadens auf einen der Beteiligten in Betracht kommen. Ob ein vollständiger Haftungsausschluss gerechtfertigt ist, kann aber jeweils nur nach einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 2006 - VI ZR 20/05, NJW-RR 2006, 672 Rn. 12 mwN). Der angefochtenen Entscheidung ist diese erforderliche umfassende Interessenabwägung nicht zu entnehmen. Das Berufungsgericht begründet die alleinige Verantwortung der Anwälte der Klägerin ausschließlich mit deren Verschulden. Das beiderseitige Verschulden ist jedoch nur ein Faktor bei der Abwägung im Rahmen des § 254 Abs. 1 BGB. Entscheidend für die Haftungsverteilung ist, ob das Verhalten des Schädigers oder das des Geschädigten den Eintritt des Schadens in wesentlich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat (BGH, Urteil vom 20. Januar 1998

- VI ZR 59/97, NJW 1998, 1137, 1138). Im Streitfall ist insofern zu berücksichtigen, dass die Abkürzung "MKG" keine ungewöhnliche Buchstabenfolge ist. Es liegt nicht fern, dass sie auch im Bereich Werbung und Verpflegung als Marke eingetragen ist. Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht begründen müssen, warum das Verhalten der Anwälte der Klägerin den Eintritt des Schadens durch den Vergleichsabschluss in wesentlich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat als das Verhalten der Beklagten.

27 3. Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerhaft einen Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der wettbewerbsrechtlichen Beratung der Beklagten verneint.

28 a) Das Berufungsgericht hat angenommen, es fehle an der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Erlass der einstweiligen Verfügung, die die Fortsetzung des Gewinnspiels untersagt habe, weil die vorausgegangene Abmahnung des Mitbewerbers auf drei Gesichtspunkte gestützt worden sei und dem Vorbringen der Klägerin nicht entnommen werden könne, dass gerade die (unzureichende) Möglichkeit der Internet-Teilnahme für den Erlass der Verfügung ausschlaggebend gewesen sei. Das Verständnis haftungsbegründender Kausalität, das dieser Begründung zugrunde liegt, ist mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwaltshaftung nicht vereinbar. Danach ist lediglich erforderlich, dass der Pflichtenverstoß nachteilige Folgen auslösen kann (BGH, Urteil vom 23. Oktober 2003 - IX ZR 249/02, NJW 2004, 444 f.). Daran besteht im vorliegenden Fall kein Zweifel.

29 Nach dem Stand der Rechtsprechung im Juni 2004 war jedenfalls durchaus zu erwarten, dass ein Gewinnspiel, das eine Teilnahmemöglichkeit ohne Warenbezug nur im Internet vorsah, als Verstoß gegen § 1 UWG a.F. verboten werden konnte. Der Bundesgerichtshof ging von der generellen Unzulässigkeit

einer Kopplung von Gewinnspiel und Warenabsatz aus (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2001 - I ZR 314/98, GRUR 2001, 1178, 1179 - Gewinn-Zertifikat; Urteil vom 11. April 2002 - I ZR 225/99, GRUR 2002, 1003, 1004 - Gewinnspiel im Radio). Das UWG 2004, dessen Verabschiedung seinerzeit unmittelbar bevorstand, enthielt in §§ 3, 4 Nr. 6 UWG ebenfalls ein solches Verbot. Wie auch das Berufungsgericht angenommen hat, musste zum Zeitpunkt der Werbung im zweiten Quartal 2004 ferner damit gerechnet werden, dass aufgrund der noch beschränkten Verbreitung des Internets das Angebot der Teilnahme über dieses Medium nicht für ausreichend gehalten würde, um dem Eindruck einer Kopplung von Gewinnspiel und Warenbezug hinreichend entgegenzuwirken.

30 b) Nach Ansicht des Berufungsgerichts scheidet eine Haftung der Beklagten im Zusammenhang mit ihrer wettbewerbsrechtlichen Beratung auch deshalb aus, weil der Beklagte zu 1 telefonisch ausreichende Hinweise erteilt habe. Auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen steht diese Beurteilung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Anforderungen an die Beratungspflicht eines Rechtsanwalts nicht in Einklang.

31 Das Berufungsgericht führt aus, die Zeugin K. habe in erster Instanz ausgesagt, bei einem Telefonat mit dem Beklagten zu 1 sei davon die Rede gewesen, dass zwar andere Unternehmen Online-Gewinnspiele durchführten, dass es sich aber um eine Grauzone handele. Des Weiteren sei sinngemäß gesagt worden, dass eine hundertprozentige Sicherheit ohne Postkarten nicht gegeben sei; nach dem Zusammenhang dieser Angabe beziehe sich "ohne Postkarten" auf die Anforderung von Deckelnummern per Postkarte. Das Berufungsgericht meint ferner, die von der Zeugin weiter bekundete Aussage des Beklagten zu 1, die letzte Gerichtsentscheidung zu dieser Frage sei 30 Jahre alt, sei zwar angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum

Kopplungsverbot falsch gewesen; dies ändere aber nichts daran, dass der Beklagte zu 1 seinen Hinweispflichten nachgekommen sei.

32 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der Rechtsanwalt seine Beratung darauf zu erstrecken, dem Auftraggeber die Zweifel und Bedenken, zu denen die Sach- und Rechtslage Anlass gibt, sowie mögliche Risiken und deren abschätzbares Ausmaß darzulegen und sie mit ihm zu erörtern; verharmlosenden Vorstellungen des Mandanten hat der Anwalt entgegenzuwirken (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2006 - IX ZR 76/04, NJW 2006, 3494 Rn. 9; Urteil vom 7. Februar 2008 - IX ZR 149/04, NJW 2008, 2041 Rn. 13; Urteil vom 3. Juli 2008 - III ZR 189/07, NJW-RR 2008, 1506 Rn. 14).

33 Nach diesen Maßstäben war die vom Berufungsgericht angenommene Aufklärung der Werbeagentur über die wettbewerbsrechtlichen Risiken des beabsichtigten Gewinnspiels unzureichend. Schon die Angabe, eine hundertprozentige Sicherheit sei nicht gegeben, suggeriert dem Mandanten, dass nur ein geringes Restrisiko der Unzulässigkeit besteht. Dieser Eindruck wurde nachhaltig verstärkt durch die unzutreffende Behauptung, die letzte Gerichtsentscheidung zur Kopplung von Gewinnspiel und Warenabsatz liege bereits 30 Jahre zurück. Es lag nahe, dass die rechtlichen Risiken im Juni 2004 nicht zuverlässig durch die alternative Teilnahmemöglichkeit im Internet ausgeräumt werden konnten. Wenn das Berufungsgericht vor diesem Hintergrund die vom Beklagten zu 1 erteilte Beratung für ausreichend hält, wendet es einen zu großzügigen Haftungsmaßstab für Rechtsanwälte an, der mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu vereinbaren ist.

34 III. Die Revision der Klägerin führt danach zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Bestätigung des Grundurteils des Landgerichts.

35 Eine Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zur Bestimmung einer Mitverschuldensquote der Klägerin hinsichtlich des Schadens aus der markenrechtlichen Beratung der Beklagten kommt nicht in Betracht. Diese Frage ist bei dem hier vorliegenden Sachverhalt im Nachverfahren zu klären. Zwar muss eine Prüfung des Mitverschuldens nach § 254 BGB in der Regel schon im Grundurteil erfolgen, weil es zum gänzlichen Ausschluss des Schadensersatzes führen kann. Steht jedoch fest, dass ein Mitverschulden nicht zum Haftungsausschluss führt und somit jedenfalls ein Anspruch des Geschädigten besteht, kann die Entscheidung darüber dem Betragsverfahren vorbehalten werden (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1980 - VI ZR 61/79, BGHZ 76, 397, 400; Urteil vom 24. März 1999 - VIII ZR 121/98, BGHZ 141, 129, 135 f.; Urteil vom 16. Dezember 2004 - IX ZR 295/00, NJW 2005, 1935, 1936). Ein solcher Fall liegt hier vor. Es ist mit Sicherheit davon auszugehen, dass der Klägerin schon allein im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beratung der Beklagten ein Schadensersatzanspruch zusteht. Es ist auch nicht möglich, im Grundurteil den Anspruch nur zu einer bestimmten Quote zuzusprechen. Denn ein Mitverschulden der Klägerin aufgrund einer Pflichtwidrigkeit ihrer Anwälte kann allein den Teil der Schadensersatzforderung der Klägerin mindern, der auf der markenrechtlichen Beratung der Beklagten beruht. Es ist aber offen, welchen Anteil dieser Schaden an dem gesamten Schadensersatzanspruch der Klägerin hat, der auch im Hinblick auf die wettbewerbsrechtliche Beratung der Beklagten dem Grunde nach besteht.

36 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 1956 - VI ZR 205/55, BGHZ 20, 397; Urteil vom 27. April 1970 - III ZR 49/69, BGHZ 54, 21, 29; Urteil vom 31. Januar 1990 - VIII ZR 314/88, BGHZ 110, 196, 205).

Bornkamm Pokrant Schaffert

Bergmann Kirchhoff

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 13.07.2007 - 27 O 4732/05 -
OLG München, Entscheidung vom 19.06.2008 - 29 U 4028/07 -